

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์เพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้
ต่างประเทศ



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2559
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Legal issues on Bank Letter of Guarantee for Foreign creditor

Miss Phagamas Sa-nguanrat



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Finance and Tax Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของ

ธนาคารพาณิชย์เพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

โดย

นางสาวผกามาศ สงวนราชกูร์

สาขาวิชา

กฎหมายการเงินและภาษีอากร

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อาจารย์ ดร.สิริกัญญา โขวิไลกุล

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

อาจารย์ ชาญชัย บุญฤทธิ์ไชยศรี

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยเป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบุญ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(อาจารย์ ดร.สิริกัญญา โขวิไลกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(อาจารย์ ชาญชัย บุญฤทธิ์ไชยศรี)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(คุณ วัลลยา แก้วรุ่งเรือง)

ผกามาต สงวนราชภูร์ : ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์ เพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ (The Legal issues on Bank Letter of Guarantee for Foreign creditor) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อ. ดร.สิริกัญญา โขวิไลกุล, อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม: อ. ชาญชัย บุญฤทธิ์ไชยศรี, 190 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) ศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ 2) วิเคราะห์คำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อหาความชัดเจนในการบังคับใช้คำขอออกหนังสือค้ำประกัน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นวิจัยทางเอกสารเชิงคุณภาพ โดยศึกษาค้นคว้าตัวบทกฎหมาย ข้อมูลจากตำรา และบทความ เพื่อนำมาวิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร

วิทยานิพนธ์นี้พบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน ไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ เพราะหากมีข้อต่อสู้ว่าหนังสือค้ำประกันตกเป็นโมฆะ จะทำให้ธนาคารไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคารได้ ธนาคารจึงต้องอาศัยคำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นเครื่องมือในการใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม ธนาคารก็อาจถูกผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันยกข้อต่อสู้ได้ว่าธนาคารได้ชำระหนี้ไปตามอำเภอใจโดยรู้ยู่ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระเพราะหนังสือค้ำประกันดังกล่าวตกเป็นโมฆะ และเมื่อสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนังสือค้ำประกันที่เป็นโมฆะ สัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันก็ย่อมตกเป็นโมฆะด้วย ธนาคารจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคารตามสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันได้

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงเสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาด้วยการเสนอแนะแนวทางในการร่างสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกัน โดยการเปลี่ยนชื่อสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาตกลงชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการออกหนังสือค้ำประกัน และกำหนดข้อตกลงไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าสัญญานี้มีลักษณะเป็นเอกเทศ แยกต่างหากจากสัญญาประธานและหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออก ตลอดจนมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาใด ๆ และกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับค่าเสียหายตามสัญญานี้ว่าเป็นค่าเสียหายที่เกิดจากกรณีความเสียหายอย่างใดบ้าง เพื่อให้สัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันมีความสมบูรณ์และมีผลบังคับได้

สาขาวิชา กฎหมายการเงินและภาษีอากร

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาร่วม

5686208434 : MAJOR FINANCE AND TAX LAWS

KEYWORDS: APPLICATION FOR LETTER OF GUARANTEE / LETTER OF GUARANTEE

The purpose of this thesis were to 1) study problems arising from an application of the Civil and Commercial Code, title Suretyship to a bank letter of guarantee issued as security to a foreign creditor and 2) analyze an application form of the bank letter of guarantee for its applicable enforcement.

This thesis is a documentary research by researching legislations, textbooks and articles in order to analyze problems arising from practical issues of the issuance of the bank letter of guarantee.

This thesis concludes that The civil and commercial code, title Suretyship is insufficient and inapplicable for the bank letter of guarantee issued as security to a foreign creditor. If the bank letter guarantee is voided, the issuer bank has no right to require for an reimbursement from the applicant. Consequently, the issuer bank has to claims against the applicant for the reimbursement by referring the submitted an application form of the bank letter of guarantee. However, the applicant may also defend against the issuer bank that the bank has arbitrarily paid debt because such the bank letter of guarantee becomes void. Since the submitted application form of the bank letter of guarantee is a part of such voided instrument agreement, the application form also becomes void. The bank therefore has no right to require for an reimbursement by referring the submitted applicant form of the bank letter of guarantee.

This thesis recommends that changing the name of an applicant form of the bank letter of guarantee to be an indemnity agreement for the issuance of the bank of guarantee; specifying expressly covenants therein that this agreement is a specific contract separated from the principal agreement and the issued bank letter of guarantee and it is not instrumental to any contracts; and specifying a provision of contractual damages which can be caused by any incidents in order to make the applicant form of the bank letter of guarantee complete and enforceable.

Field of Study: Finance and Tax Laws

Academic Year: 2016

Student's Signature

Advisor's Signature

Co-Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี เนื่องด้วยความเมตตาและความช่วยเหลือจาก คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ เป็นอย่างสูงที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการชี้แนะแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณ คุณวัลยา แก้วรุ่งเรือง ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าให้ความรู้ ตลอดจนความช่วยเหลือในด้านเอกสารและข้อมูลต่างๆ อันเป็นประโยชน์ยิ่ง นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ชาญชัย บุญฤทธิ์ไชยศรี เป็นอย่างสูงที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม และให้คำปรึกษาจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ ดร. สิริกัญญา โขวิไลกุล ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา โดยกรุณาตรวจพิจารณาเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำ และชี้แนะข้อบกพร่องต่างๆ ซึ่งถือเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนสามารถศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ผู้เขียนขอสำนึกพระคุณของคณะกรรมการทุกท่านไว้อย่างไม่รู้ลืม

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณปิยะพงศ์ ชลวีระวงศ์ ฝ่ายกฎหมายธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) ที่กรุณาให้คำปรึกษาปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ และขอกราบขอบพระคุณ ผู้บังคับบัญชาและผู้ร่วมงานในสำนักกฎหมายธรรมนิติทุกท่าน โดยเฉพาะคุณพิชัย พิชมงคล คุณกัมพล ทรัพย์ปรุง และคุณนิธิต จีระกูรวิวัฒน์ ที่คอยให้คำแนะนำและให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์ ทำให้ผู้เขียนมีความมานะพากเพียรในการจัดทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วง นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่ห้องหลักสูตรกฎหมายการเงินและภาษีอากร และเจ้าหน้าที่บรรณารักษ์ประจำศูนย์เพชรรัตนนิติทรัพยากรที่ได้ให้ความช่วยเหลือในการติดต่อประสานงานด้วยดีมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาของผู้เขียนเอง คุณมนูญ และคุณสุนิสา สวงวราชฎ์ ตลอดจนสมาชิกในครอบครัวทุกท่านที่คอยสนับสนุน ให้ความรักความห่วงใย และกำลังใจตลอดระยะเวลาจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ และขอขอบคุณ คุณกิตติคุณ มุกดาบุรพา สำหรับความช่วยเหลือโดยไม่อิดเอื้อนและกำลังใจที่ตีเสมอมา

ท้ายที่สุด หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณค่าและประโยชน์ทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอขอบเป็นกตเวทิตาแก่บิดามารดาของผู้เขียน รวมทั้งบูรพาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้และคุณธรรมแก่ผู้เขียน หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญรูป	ฑ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	7
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.4 ขอบเขตการวิจัย	7
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
บทที่ 2 หลักทั่วไปของสัญญาประณานที่ต้องคำประกัน คำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน และหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ	9
2.1 หลักทั่วไปของสัญญาประณานที่ต้องคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ.....	9
2.1.1 การก่อให้เกิดสัญญาประณานที่ต้องคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ	9
2.1.2 ประเภทและวิธีการชำระหนี้ตามสัญญาประณานที่ต้องคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ	11
2.1.3 การบังคับชำระหนี้ตามสัญญาประณานที่ต้องคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ	12
2.2 หลักทั่วไปของคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ	13
2.2.1 ลักษณะและสาระสำคัญของข้อตกลงในคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน.....	13

2.2.2	นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน.....	19
2.2.3	การจัดให้มีหลักประกันตามคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน	20
2.3	หลักทั่วไปของหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ.....	22
2.3.1	หลักการให้สินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์	22
2.3.2	ความหมายและความสำคัญของการออกหนังสือค้ำประกันเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ.....	25
2.3.3	ลักษณะและสาระสำคัญของข้อตกลงในหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์.....	27
2.3.4	ประเภทของหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ	30
2.3.4.1	แบ่งตามลักษณะทางกฎหมายของหนังสือค้ำประกัน	30
2.3.4.2	แบ่งตามจำนวนฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกัน.....	31
2.3.4.3	แบ่งตามความรับผิดชอบในการจ่ายเงินตามหนังสือค้ำประกัน	32
2.3.4.4	แบ่งตามวัตถุประสงค์ในการออกหนังสือค้ำประกัน	32
2.3.5	นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์	35
2.3.6	แนวปฏิบัติของธนาคารพาณิชย์ในการออกหนังสือค้ำประกันเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ.....	38
2.3.6.1	วิธีการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์.....	38
2.3.6.2	อัตราค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์	40
2.3.6.3	การหมดภาระการค้ำประกันตามหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์	41

บทที่ 3 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับสัญญาประธานที่จะต้องค้ำประกัน คำขอให้
 ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน และหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกัน
 หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ 43

3.1 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้ในทางแพ่ง 43

3.1.1 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับสัญญาประธานที่จะต้องค้ำประกัน 43

3.1.1.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญา 44

3.1.1.1.1 ความหมายและลักษณะของนิติกรรม 44

3.1.1.1.2 การเกิดและผลของสัญญา 44

3.1.1.1.3 การตีความสัญญา 45

3.1.1.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสกุลเงินและอัตราแลกเปลี่ยน 46

3.1.1.2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสกุลเงินที่ลูกหนี้จะต้องชำระ 46

3.1.1.2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยน 47

3.1.1.3 หลักเกณฑ์การใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ 47

3.1.1.3.1 หลักกำหนดเวลาชำระหนี้ 48

3.1.1.3.2 หลักการละเลยไม่ชำระหนี้ 48

3.1.1.4 หลักการผินด้นของลูกหนี้และหลักการบังคับชำระหนี้ 49

3.1.1.4.1 หลักการผินด้นของลูกหนี้ 49

3.1.1.4.2 หลักการบังคับชำระหนี้ 50

3.1.1.5 หลักการโอนสิทธิเรียกร้อง 51

3.1.1.6 หลักความระงับแห่งหนี้ 52

3.1.1.6.1 การชำระหนี้ 52

3.1.1.6.2 การปลดหนี้ 54

3.1.1.6.3 การหักกลบลบหนี้ 54

3.1.1.6.4 การแปลงหนี้ใหม่ 55

3.1.1.6.5 การที่หนี้เคลื่อนกลืนกัน	55
3.1.2 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน	55
3.1.2.1 หลักอิสระในทางแพ่งและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา	56
3.1.2.1.1 หลักอิสระทางแพ่ง	56
3.1.2.1.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา	56
3.1.2.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา	57
3.1.2.3 หลักสุจริต	57
3.1.2.4 หลักความยุติธรรม	58
3.1.2.5 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน	58
3.1.2.6 หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องเสียเปรียบ	59
3.1.2.7 หลักความตกลงยกเว้นความรับผิด	59
3.1.3 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ	60
3.1.3.1 เหตุผลและความสำคัญของการค้ำประกัน	60
3.1.3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกัน	61
3.1.3.2.1 ความหมายและลักษณะของสัญญาค้ำประกัน	61
3.1.3.2.2 แบบของสัญญาค้ำประกัน	63
3.1.3.3 ขอบเขตความรับผิดของธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกัน	63
3.1.3.3.1 ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม	64
3.1.3.3.2 ข้อตกลงเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันที่จะตกเป็นโมฆะ	65
3.1.3.4 ผลของสัญญาค้ำประกันก่อนที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้	65
3.1.3.4.1 หน้าที่ของเจ้าหนี้ก่อนที่จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้	65
3.1.3.4.2 สิทธิของผู้ค้ำประกันก่อนที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้	65

3.1.3.5 ผลของสัญญาค้ำประกันภายหลังจากที่เจ้าหนี้เรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ..	68
3.1.3.5.1 หน้าที่ของผู้ค้ำประกันภายหลังจากที่เจ้าหนี้เรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ..	68
3.1.3.5.2 สิทธิของผู้ค้ำประกันภายหลังจากที่เจ้าหนี้เรียกให้ชำระหนี้ ..	69
3.1.3.6 การระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกัน ..	70
3.2 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับการดำเนินคดีในศาล ..	71
3.2.1 หลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ..	72
3.2.1.1 หลักเกณฑ์การฟ้องคดีต่อศาล ..	72
3.2.1.2 หลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาล ..	72
3.2.2 หลักทั่วไปของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน ..	74
3.2.2.1 ประเภทของพยานหลักฐานที่ศาลจะรับฟังเพื่อวินิจฉัยคดี ..	74
3.2.2.2 ภาระการพิสูจน์และระเบียบวิธีการนำสืบพยานหลักฐาน ..	75
3.2.2.2.1 ภาระการพิสูจน์ ..	75
3.2.2.2.2 ระเบียบวิธีการนำสืบพยานหลักฐาน ..	76
3.2.2.3 หลักเกณฑ์การอ้างพยานเอกสารเป็นพยานหลักฐานในคดี ..	76
3.2.2.3.1 ประเภทของพยานเอกสาร ..	77
3.2.2.3.2 การนำสืบพยานเอกสาร ..	77
3.2.2.4 หลักเกณฑ์การชั่งน้ำหนักพยานเอกสารซึ่งเป็นพยานหลักฐานในคดี ..	78
3.3 หลักการขัดกันแห่งกฎหมาย ..	79
3.3.1 เงื่อนไขและลำดับในการพิจารณาเพื่อการปรับใช้กฎหมายขัดกัน ..	79
3.3.1.1 เงื่อนไขในการพิจารณาเพื่อการปรับใช้กฎหมายขัดกัน ..	79
3.3.1.2 ลำดับในการพิจารณาเพื่อการปรับใช้กฎหมายขัดกัน ..	79
3.3.2 หลักการใช้กฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาปรับแก้คดี ..	80

3.3.2.1 การใช้กฎหมายของต่างประเทศ.....	80
3.3.2.2 ข้อจำกัดในการใช้กฎหมายภายในของต่างประเทศ.....	81
3.3.3 การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญา	81
3.3.4 การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจศาล.....	82
3.3.5 การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ.....	83
3.4 ข้อบังคับและประเพณีปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของหอการค้านานาชาติ.....	84
3.4.1 ความสำคัญของข้อบังคับและประเพณีปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกัน ของหอการค้านานาชาติ	84
3.4.2 สารสำคัญของ การออกหนังสือค้ำประกันภายใต้ Uniform Rules for Demand Guarantees Publication No. 758 (URDG 758)	85
3.4.2.1 ขอบเขตการใช้บังคับ	85
3.4.2.2 บทนิยาม	86
3.4.2.3 การออกและการมีผลบังคับใช้	86
3.4.2.4 ความเป็นเอกเทศของหนังสือค้ำประกันและหนังสือค้ำประกันร่วม	86
3.4.2.5 รายละเอียดในหนังสือค้ำประกันและหนังสือค้ำประกันร่วม.....	87
3.4.2.6 การแจ้งเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกัน	87
3.4.2.7 ขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน.....	88
3.4.2.8 การยื่นเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงิน	88
3.4.2.9 การตรวจสอบเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงิน.....	88
3.4.2.10 สกูลเงินในการชำระเงิน.....	89
3.4.2.11 การปฏิเสธการชำระเงิน	89
3.4.2.12 การสิ้นสุดของหนังสือค้ำประกัน.....	89
3.4.2.13 กฎหมายที่ใช้บังคับและเขตอำนาจศาล	90

บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ.....	91
4.1 ปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสมของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันเมื่อนำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ.....	91
4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์.....	92
4.1.1.1 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกันแบบไม่มีกำหนดระยะเวลา.....	92
4.1.1.2 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกันโดยมีเงื่อนไขแบบ First Demand Guarantee.....	95
4.1.1.3 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกันภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758.....	98
4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิไล่เบี้ยของธนาคารพาณิชย์ในฐานะผู้ค้ำประกัน.....	100
4.1.2.1 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์ค้ำประกันแม้ว่าหนี้ของลูกหนี้จะขาดอายุความ.....	100
4.1.2.2 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์รับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม.....	102
4.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการระงับสิ้นไปของหนังสือค้ำประกัน.....	106
4.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีข้อพิพาทตามหนังสือค้ำประกัน....	108
4.2 วิเคราะห์คำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน.....	112
4.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน.....	113
4.2.2 ความรับผิดของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันตามคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน.....	117
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	123
5.1 บทสรุป.....	123

5.2 ข้อเสนอแนะ	129
รายการอ้างอิง	131
ภาคผนวก.....	137
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	190



สารบัญรูป

	หน้า
รูปที่ 1 กระบวนการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร.....	2
รูปที่ 2 แสดงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 3 ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกัน.....	35
รูปที่ 3 แสดงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 4 ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกัน.....	36



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันมีความต้องการขยายการลงทุนทำธุรกิจในต่างประเทศมากขึ้น ซึ่งเป็นผลมาจากการขยายตัวทางธุรกิจระหว่างประเทศและการค้าการลงทุน¹ ซึ่งในการทำธุรกิจระหว่างประเทศย่อมมีความเสี่ยงเพราะปัจจัยหลายอย่างที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น การติดต่อสื่อสารของคู่สัญญา ภาษาที่ใช้ในสัญญาซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน การขนส่งสินค้า และการประกันภัย ตลอดจนความเสี่ยงจากปัจจัยภายนอก เช่น ระบอบการปกครอง สถานการณ์ทางเศรษฐกิจและการเมืองของประเทศ ภัยธรรมชาติต่าง ๆ² แต่ความเสี่ยงที่ส่งผลกระทบต่อการทำธุรกิจระหว่างประเทศมากที่สุดคือ ความเสี่ยงซึ่งเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา เพราะสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศมักเป็นสัญญาที่มีมูลค่าสูงหรือเป็นโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่มีเงินลงทุนสูง หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจเป็นวงกว้าง เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าหรือบริการระหว่างประเทศ สัญญาก่อสร้างโครงการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน สัญญากู้ยืมเงินร่วม เป็นต้น จึงได้มีการพัฒนาวิธีการลดจนกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งวิธีการหนึ่งก็คือการนำหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่มีสถานะทางการเงินดี มีเงินทุนสูง มาวางไว้เป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันจะต้องยื่นค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันต่อธนาคารที่ตนมีวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศ และธนาคารในประเทศจะออกหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศโดยตรงหรือออกหนังสือค้ำประกันร่วมให้แก่ธนาคารต่างประเทศ เพื่อขอให้ธนาคารต่างประเทศออกหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศดังรูปที่ 1 ธุรกรรมการให้บริการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารจึงก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสำหรับผู้รับหนังสือค้ำประกันหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศก็จะได้รับประโยชน์ในแง่ของความมั่นใจและลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นทำสัญญาทางธุรกิจด้วยการที่ธนาคารซึ่งมีความน่าเชื่อถือด้านสถานะการเงินยอมเข้าผูกพันตนว่าหากลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันไม่ชำระหนี้แล้ว จะสามารถเรียกให้ธนาคารชำระหนี้ดังกล่าวได้ ในขณะที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน

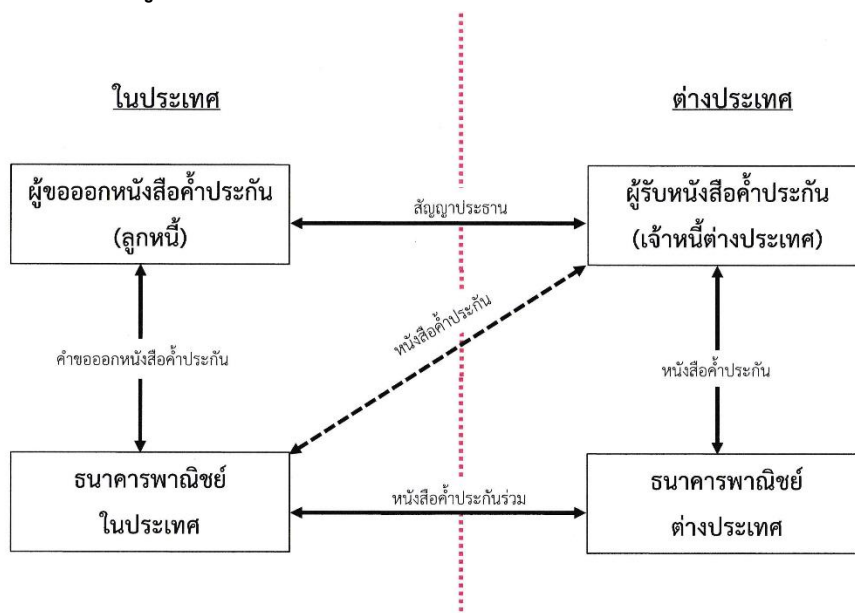
¹ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย. สินเชื่อเพื่อการค้ำประกันในต่างประเทศ. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.ibank.co.th/2010/th/products-services/products-detail.aspx?ProductType=4&ID=101&Customer=BB> [10 มิถุนายน 2558].

² รุ่งสรานู เทศสวัสดิ์, "หลักประกันการชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบผลทางกฎหมายระหว่างกฎเกณฑ์ Ucp 500, Isp 98 และ Urdg 458", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547).

หรือลูกหนี้ ก็ได้ประโยชน์ในลักษณะของความสะดวกในการเข้าทำสัญญาทางธุรกิจกับผู้รับหนังสือค้ำประกัน เพราะในกรณีที่เจ้าหนี้ต่างประเทศไม่เชื่อถือในความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้และเรียกให้ลูกหนี้นำหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่ตนเชื่อถือมามอบไว้เป็นหลักประกัน แต่ลูกหนี้ไม่สามารถนำหนังสือค้ำประกันดังกล่าวมามอบไว้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ต่างประเทศได้ เจ้าหนี้ต่างประเทศอาจจะไม่ตกลงเข้าทำสัญญาทางธุรกิจกับลูกหนี้ ส่วนธนาคารเองก็ยังได้รับประโยชน์จากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน โดยถือว่าค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บดังกล่าวเป็นแหล่งที่มาของรายได้ของธนาคาร³

รูปที่ 1 กระบวนการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร



แหล่งที่มา : ธนาคาร Skandinaviska Enskilda Banken⁴

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีการแบ่งแยกกฎหมายแพ่งออกจากกฎหมายพาณิชย์ ในการทำสัญญาต่าง ๆ ไม่ว่าจะมิลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางพาณิชย์จึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ รวมถึงการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศก็เช่นเดียวกัน ในกรณีที่เจ้าหนี้ต่างประเทศและธนาคารได้แสดงเจตนาตกลงกันให้หนังสือค้ำประกันของธนาคารอยู่ภายใต้

³ สมาคมสถาบันการศึกษาการธนาคารและการเงินไทย, คู่มือการเงินการธนาคารสำหรับนักการธนาคารไทย, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดเอราวัณการพิมพ์, 2546).

⁴ SEB Bank. **Bank Guarantees**. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://seb.se/pow/content/produkter/betalningar/garanti_broschyr_eng.pdf [15 มิถุนายน 2559].

บังคับของกฎหมายไทย หรือในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้อย่างชัดเจนว่าสัญญาค้ำประกันนั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด แต่ปรากฏว่าคู่สัญญาได้มีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันดังกล่าว คือ กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เมื่อถิ่นที่สัญญาค้ำประกันได้ทำขึ้นคือประเทศไทย กฎหมายภายในของไทยที่จะนำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะค้ำประกัน ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการประกอบธุรกิจการออกหนังสือค้ำประกัน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติหลายมาตราก็บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาอันมีลักษณะเป็นสัญญาค้ำประกันทางแพ่ง ประกอบกับในการตีความกฎหมายและข้อสัญญาต้องยึดหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 ซึ่งกำหนดให้ในกรณีที่มิใช่ข้อสงสัย จะต้องตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น จึงไม่สอดคล้องกับลักษณะในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศ ทำให้เจ้าหนี้ต่างประเทศไม่เชื่อถือในหนังสือค้ำประกันของธนาคารและอาจตัดสินใจไม่เข้าทำสัญญาทางธุรกิจกับผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่ถือหนังสือค้ำประกันดังกล่าว จนส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศได้ ดังนั้น การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน มาใช้บังคับกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่มีลักษณะเป็นสัญญาค้ำประกันทางพาณิชย์ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสม ดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับสถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารในกรณีที่มิใช่ข้อตกลงให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันแบบไม่มีกำหนดระยะเวลา เนื่องจากในทางปฏิบัติ เจ้าหนี้ต่างประเทศมักจะกำหนดรูปแบบหรือเนื้อหาของหนังสือค้ำประกันให้มีลักษณะครอบคลุมความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้หรือผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาประธานได้ทั้งหมด โดยระบุให้ธนาคารต้องผูกพันรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันแบบไม่มีกำหนดระยะเวลา (Open-end) กล่าวคือ ธนาคารต้องผูกพันรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันไปจนกว่าจะได้รับแจ้งจากเจ้าหนี้ต่างประเทศว่าธนาคารหลุดพ้นจากความรับผิดชอบแล้ว จึงอาจเกิดปัญหาได้ว่าในกรณีที่ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันนี้ในอนาคตหรือหนีมีเงื่อนไข โดยมีข้อตกลงที่จะผูกพันรับผิดชอบแบบไม่มีกำหนดระยะเวลานั้น ธนาคารจะสามารถใช้สิทธิไล่เบี้ยตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวได้หรือไม่ เพียงใด

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติทางการค้าและธนาคารถือว่าหนังสือค้ำประกันที่ดีที่สุดนั้น ได้แก่ หนังสือค้ำประกันประเภทที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee กล่าวคือ เป็นหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารผูกพันตนเองต่อเจ้าหนี้ต่างประเทศซึ่งเป็นผู้รับหนังสือค้ำประกันว่าจะจ่ายเงินตามหนังสือค้ำประกันโดยไม่อ้างสิทธิเกี่ยวข้องกับลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน และไม่อ้างข้อต่อสู้ของลูกหนี้ชั้นต้นมา

เป็นมูลในการปฏิเสธความรับผิดของธนาคารตามหนังสือค้ำประกัน จึงอาจเกิดปัญหาได้ว่าหนังสือค้ำประกันประเภทที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee จะมีสถานะและผลทางกฎหมายอย่างไร เนื่องจากกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดสถานะและผลทางกฎหมายหนังสือค้ำประกันประเภทที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee ไว้ ทำให้เจ้าหนี้ต่างประเทศเกิดความไม่มั่นใจว่าจะสามารถเรียกให้ธนาคารรับผิดตามหนังสือค้ำประกันได้เพียงใด ในขณะที่ธนาคารเองก็เกิดความไม่มั่นใจว่าเมื่อได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศแล้วจะสามารถเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบได้เพียงใด

อีกทั้ง ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้ต่างประเทศจะกำหนดให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee ภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 ซึ่งออกโดยสภาหอการค้านานาชาติ จึงอาจเกิดปัญหาว่าหนังสือค้ำประกันภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 มีสถานะหรือสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างไร เมื่อธนาคารได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศตามภาระในหนังสือค้ำประกันไปแล้ว ธนาคารจะสามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวได้หรือไม่อย่างไร

2) ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิไล่เบี่ยของธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันเมื่อมีข้อตกลงให้ธนาคารค้ำประกันแม้ว่าหนี้ของลูกหนี้จะขาดอายุความ เนื่องจากสัญญาทางธุรกิจต่างประเทศมักจะเป็นสัญญาที่มีมูลค่ามหาศาล หรือเป็นสัญญาก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ที่หากเกิดกรณีผิดสัญญาขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อเป็นวงกว้างไม่เพียงเฉพาะแต่ตัวคู่สัญญาเท่านั้น เจ้าหนี้ต่างประเทศจึงมักกำหนดให้ฝ่ายลูกหนี้จะต้องนำหนังสือค้ำประกันของธนาคารชนิดไม่จำกัดความรับผิดมาวางไว้เป็นหลักประกัน โดยกำหนดให้ธนาคารต้องรับผิดชอบในหนี้ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น แม้ว่าหนี้ของลูกหนี้จะขาดอายุความไปแล้วก็ตาม เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าเจ้าหนี้ต่างประเทศจะสามารถเรียกให้ธนาคารรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ครอบคลุมจำนวนหนี้ที่เกิดขึ้นทั้งหมด จึงอาจเกิดปัญหาว่าหากธนาคารได้ชำระหนี้ตามจำนวนที่เกินขอบเขตความรับผิดของลูกหนี้ไปแล้วจะสามารถเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันซึ่งเป็นลูกหนี้รับผิดชอบได้หรือไม่ เพียงใด เพราะลูกหนี้อาจยกข้อต่อสู้ได้ว่าการทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าว เป็นกรณีที่ธนาคารทำข้อสัญญาพิเศษโดยสมักรใจว่าจะไม่ยกอายุความของลูกหนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ทำให้การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศของธนาคาร เป็นการชำระหนี้ของธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันเองตามข้อสัญญาพิเศษ ธนาคารจึงใช้สิทธิไล่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ไม่ได้⁵

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้ต่างประเทศก็มักกำหนดให้ธนาคารยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม กล่าวคือ ธนาคารและเจ้าหนี้ต่างประเทศสามารถทำข้อตกลงยกเว้นสิทธิเคียงตามบทบัญญัติใน

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2505 “ข้อความซึ่งระบุไว้ในสัญญาค้ำประกันว่าแม้ลูกหนี้ตายเกิน 1 ปีผู้ค้ำประกันก็ยังคงยอมรับใช้แทน นั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และไม่เป็นการขยายอายุความ”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 688 ถึงมาตรา 690 ทำให้เจ้าหนี้ต่างประเทศสามารถเรียกให้ธนาคารซึ่งมีสถานะทางการเงินน่าเชื่อถือกว่าลูกหนี้รับผิดชอบชำระหนี้ได้ทันที โดยไม่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน ซึ่งการทำข้อตกลงให้ธนาคารยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) มีความแตกต่างจากการทำข้อตกลงให้ธนาคารรับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้ (Joint Liable) เพราะการเป็นลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) ทำให้ผู้ค้ำประกันต้องอยู่ในฐานะลูกหนี้ชั้นต้น ซึ่งไม่สามารถจะอยู่สถานะผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นลูกหนี้ลำดับรองได้อีกสถานะหนึ่ง จึงอาจเกิดปัญหาว่าในกรณีที่เจ้าหนี้ต่างประเทศกำหนดข้อตกลงให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) และเจ้าหนี้ต่างประเทศประสงค์จะให้เรียกให้ธนาคารรับผิดชอบตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกัน เจ้าหนี้ต่างประเทศจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดของลูกหนี้ไปยังธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันภายใน 60 วันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 686 หรือไม่ อย่างไร จึงจะสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบได้

3) ปัญหาเกี่ยวกับการระงับสิ้นไปของหนังสือค้ำประกัน โดยธรรมเนียมปฏิบัติภายหลังจากที่ธนาคารออกและมอบหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศแล้ว หากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศได้คืนหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศได้ทำหนังสือยืนยันแจ้งการหมดภาระการค้ำประกันให้แก่ธนาคาร ธนาคารย่อมจะหมดภาระผูกพันตามหนังสือค้ำประกันไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งถือเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันเอาเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเป็นการระงับสิ้นไปของสัญญาไว้ล่วงหน้า แต่จากการศึกษาลักษณะของหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศพบว่ามิได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนถึงธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว โดยทำเป็นข้อตกลงในหนังสือค้ำประกัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 327 วรรคสาม จึงวางหลักให้สันนิษฐานว่า หนี้ตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้วเพราะหากการชำระหนี้ยังไม่เสร็จสิ้นเจ้าหนี้ต่างประเทศย่อมไม่มีทางคืนหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารเด็ดขาด แต่ก็ข้อสันนิษฐานเช่นนี้ไม่อาจถือเป็นเด็ดขาดได้ หากเจ้าหนี้ต่างประเทศสามารถนำสืบให้ปรากฏข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นก็ย่อมต้องฟังตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้น และคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางแนวว่าแม้ว่าโดยธรรมเนียมปฏิบัติของธนาคารจะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสิ้นสุดความรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันก็ตาม แต่ธนาคารก็ไม่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้หากเจ้าหนี้ต่างประเทศนำคดีมาฟ้องต่อศาลและสามารถนำสืบข้อเท็จจริงได้ว่าหนี้ตามสัญญาประธานที่ธนาคารเข้าค้ำประกันนั้นยังไม่ระงับสิ้นไป⁶ ทำให้ธนาคารก็ยังคงต้องรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวแม้ว่าธนาคารจะได้รับหนังสือค้ำประกันนั้นคืนมาโดยสุจริต

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 976/2538 “แม้จำเลยที่ 3 (ธนาคาร) ได้รับหนังสือสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้คืนไป ซึ่งเข้าข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 327 วรรคสามว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไปแล้วก็ตาม แต่

4) ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเมื่อเกิดข้อพิพาทตามหนังสือค้ำประกัน เนื่องจากข้อพิพาทที่เกิดจากหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ นั้น เป็นข้อเท็จจริงที่มีองค์ประกอบต่างประเทศหรือเป็นข้อเท็จจริงที่พัวพันกับต่างประเทศ ศาลแห่งประเทศที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงเป็นศาลแห่งประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่ ศาลแห่งประเทศที่คู่กรณีมีภูมิลำเนา หรือศาลแห่งประเทศที่มีมูลคดีเกิดขึ้น หรือศาลแห่งประเทศที่การบังคับ การตามสัญญา นั้น จึงอาจเกิดปัญหาได้ว่าศาลในประเทศใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดี

จากปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสมในการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน มาบังคับใช้กับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นอกจากจะส่งผลให้เจ้าหนี้ต่างประเทศเกิดความ ไม่มั่นใจว่าจะสามารถเรียกให้ธนาคารรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันได้หรือไม่เพียงใด จนอาจพิจารณา ไม่เข้าทำสัญญาทางธุรกิจกับผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อธนาคารโดยตรง ทำให้ธนาคารมีความเสี่ยงเมื่อต้องรับผิดชอบภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกัน กล่าวคือ ธนาคารจะไม่สามารถไล่เบี้ยให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันได้ หรือในกรณีที่ธนาคาร ปฏิเสธที่จะชำระหนี้ตามหนังสือค้ำประกันที่ตนเป็นผู้ออก ธนาคารอาจได้รับความเสียหายในชื่อเสียง และความน่าเชื่อถือ และทำให้หนังสือค้ำประกันของธนาคารไม่มีประโยชน์หรือมีความศักดิ์สิทธิ์ น้อยลง ปัจจุบันธนาคารจึงต้องใช้สิทธิเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบค้ำประกันตามหนังสือ ค้ำประกันที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ยื่นไว้ต่อธนาคารตามแบบฟอร์มที่ธนาคารกำหนดมากกว่าที่จะ ใช้สิทธิไล่เบี้ยตามหนังสือค้ำประกัน

ดังนั้น วิจัยนี้จึงศึกษาเกี่ยวกับคำขอออกหนังสือค้ำประกัน โดยมุ่งเน้นในประเด็นสำคัญเรื่อง ลักษณะทางกฎหมายของคำขอออกหนังสือค้ำประกัน และความรับผิดชอบของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ตามคำขอออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้คำขอออกหนังสือค้ำประกัน ดังกล่าว ตลอดจนเสนอแนะการร่างคำขอออกหนังสือค้ำประกันให้มีความสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ ซึ่งจะ เป็นประโยชน์ต่อการป้องกันคดีตามคำขอออกหนังสือค้ำประกัน และเป็นการช่วยให้ธนาคาร สามารถให้บริการออกหนังสือค้ำประกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบการไทยที่ มีความจำเป็นต้องใช้หนังสือค้ำประกันของธนาคารเป็นหลักประกันในการเข้าทำสัญญาทางธุรกิจ

ข้อสันนิษฐานตามบทบัญญัติดังกล่าวมิใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าขณะที่โจทก์ส่งหนังสือสัญญาค้ำประกันคืน จำเลยที่ 3 (ธนาคาร) จำเลยที่ 1 ยังไม่ได้มาทำสัญญาซื้อขายกับโจทก์ตามกำหนดนัดให้ถูกต้อง จำเลยที่ 1 ยังต้องรับผิดชอบชำระหนี้ต่อ โจทก์ตามประกาศประกวดราคาอยู่ และจำเลยที่ 3 (ธนาคาร) ผู้ค้ำประกันยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิดในหนี้ดังกล่าว ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 698 จำเลยที่ 3 (ธนาคาร) จึงจะอ้างว่าเมื่อได้รับเวนคืนต้นฉบับหนังสือสัญญาค้ำประกันจากโจทก์โดย สุจริตจำเลยที่ 3 (ธนาคาร) ก็หลุดพ้นจากความรับผิดในฐานะผู้ค้ำประกันแล้วหาได้ไม่”

ระหว่างประเทศ และทำให้เจ้าหน้าที่ต่างประเทศเชื่อมั่นในหนังสือค้ำประกันของธนาคาร จึงตกลงเข้าทำสัญญาทางธุรกิจกับผู้ประกอบการไทย ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1) เพื่อศึกษาความเป็นมา ลักษณะ ประเภท และหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาประกันที่ต้องค้ำประกัน คำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน และการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศ

2) เพื่อศึกษาปัญหาที่เกิดจากการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะเป็นการค้ำประกันทางพาณิชย์

3) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นแบบธรรมเนียมและวิธีปฏิบัติสากลที่นำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ Uniform Rules for Demand Guarantee Publication No.758 หรือ URDG 758

4) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับแนวทางการนำคำขอให้ธนาคารออกหนังสือสัญญาค้ำประกันมาใช้บังคับใช้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายและเหมาะสมกับสภาพการดำเนินธุรกิจให้บริการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน ไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมที่นำมาใช้บังคับกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศ เพราะหากมีข้อต่อสู้ว่าหนังสือค้ำประกันตกเป็นโมฆะ จะทำให้ธนาคารไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยให้ผู้ขออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบคืนเงินคืนให้แก่ธนาคารได้ ธนาคารจึงต้องใช้สิทธิเรียกให้ผู้ขออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบตามคำขออกหนังสือค้ำประกัน ดังนั้นจำเป็นต้องวิเคราะห์คำขออกหนังสือค้ำประกันเพื่อหาความชัดเจนในการบังคับใช้คำขออกหนังสือค้ำประกัน

1.4 ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยในเรื่องนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน และหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศ เพื่อทราบถึงปัญหาและผลทาง

กฎหมายของการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกันมาบังคับใช้กับหนังสือคำประกันที่ออกโดยธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับแนวทางการนำคำขอให้ธนาคารออกหนังสือสัญญาคำประกันมาบังคับใช้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย และทำให้ธนาคารสามารถทำธุรกรรมออกหนังสือคำประกันได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

วิจัยนี้เป็นวิจัยเอกสารในเชิงคุณภาพ โดยจะศึกษาค้นคว้าและรวบรวมตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา ข้อมูลจากตำรา บทความ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับคำขอให้ธนาคารออกหนังสือคำประกันและหนังสือคำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ วารสาร จุลสารที่เผยแพร่จากหน่วยงานรัฐบาลและเอกชน ตลอดจนรายงานสัมมนา รายงานวิจัยทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

หลังจากรวบรวมเอกสารแล้วจะดำเนินการวิจัยโดยใช้วิธีพรรณนาและวิเคราะห์ อภิปรายแนวคิดเกี่ยวกับการค้าประกัน แบบธรรมเนียมและวิธีปฏิบัติที่เกี่ยวกับหนังสือคำประกัน รวมถึงปัญหาและผลทางกฎหมายของการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกันมาบังคับใช้กับหนังสือคำประกันของธนาคารซึ่งออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ ตลอดจนวิเคราะห์ลักษณะทางกฎหมายของคำขอออกหนังสือคำประกัน และความรับผิดชอบของผู้ขอออกหนังสือคำประกันตามคำขอออกหนังสือคำประกัน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้คำขอออกหนังสือคำประกันดังกล่าว ทำให้ธนาคารสามารถพัฒนาการให้บริการออกหนังสือคำประกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การวิจัยเรื่องนี้เพื่อประโยชน์ต่อการออกหนังสือคำประกันของธนาคารและการจัดทำร่างคำขอออกหนังสือคำประกันให้มีความสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ ทำให้ธนาคารสามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ เพราะผู้ขอออกหนังสือคำประกันซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบธุรกิจสามารถใช้หนังสือคำประกันของธนาคารเป็นเครื่องมือในการเข้าทำธุรกิจระหว่างประเทศได้สะดวกยิ่งขึ้น

บทที่ 2

หลักทั่วไปของสัญญาประณานที่ต้องคำประกัน คำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน และหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

ในการศึกษาเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ นอกจากจะต้องทราบถึงหลักทั่วไปในการออกหนังสือค้ำประกันและหลักทั่วไปเกี่ยวกับคำขอออกหนังสือค้ำประกันเพื่อจะได้ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติแล้ว ยังจำเป็นจะต้องทราบถึงหลักทั่วไปของสัญญาประณานที่ต้องคำประกันอีกด้วย

2.1 หลักทั่วไปของสัญญาประณานที่ต้องคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

ในปัจจุบันการประกอบธุรกิจต่างประเทศได้เพิ่มมากขึ้น เนื่องจากความก้าวหน้าของการคมนาคมและการสื่อสาร¹ เมื่อบุคคลในประเทศหนึ่งต้องการจะประกอบธุรกิจกับบุคคลในอีกประเทศหนึ่ง ก็สามารถทำได้ด้วยการเข้าทำนิติกรรมหรือสัญญาเพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายที่ต้องกระทำการนั้น เรียกว่า “ลูกหนี้” ส่วนฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำนั้น เรียกว่า “เจ้าหนี้”² ซึ่งในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องกระทำการเป็นผู้มีสัญชาติไทย และคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำนั้นเป็นผู้มีสัญชาติอื่นที่มีเชื้อสัญชาติไทย ในกรณีนี้จะเรียกคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำดังกล่าวว่า “เจ้าหนี้ต่างประเทศ” ไม่ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ตาม

2.1.1 การก่อให้เกิดสัญญาประณานที่ต้องคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

สัญญาประณาน หมายถึง สัญญาที่เกิดขึ้นและอยู่ได้โดยลำพังไม่ขึ้นกับสัญญาอื่นใด ความสมบูรณ์ของสัญญาประณานจึงพิจารณาจากตัวของสัญญาเองเท่านั้น เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาอัยม เป็นต้น ทำให้สัญญาประณานมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาอุปกรณ์ที่ไม่สามารถเกิดขึ้นและเป็นอยู่ได้โดยลำพังตนเอง ซึ่งความสมบูรณ์ของสัญญาอุปกรณ์นอกจากจะสมบูรณ์ตาม

¹ ศาสตราจารย์พิเศษชอชิก อิศวานนท์, ร่างสัญญาธุรกิจ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 32-33.

² รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558), หน้า

หลักความสมบูรณ์ของตัวเองแล้ว ยังขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาประธานอีกด้วย เช่น สัญญา
ค้ำประกัน สัญญาจำนอง สัญญาจำนำ เป็นต้น³

เมื่อสัญญาประธานเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นและมีความสมบูรณ์ในตัวเอง สัญญาประธานจึง
ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในลักษณะของความเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาตามสัญญา
ประธานได้ ไม่ว่าจะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในประเทศใด ดังนั้นในการ
ก่อให้เกิดสัญญาประธานจึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาด้วย กล่าวคือ สัญญา
ประธานจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองระหว่างคู่สัญญาถูกต้องตรงกัน
โดยแต่ละฝ่ายต่างมุ่งหมายที่จะให้สัญญานั้นมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ การแสดงเจตนา
นั้นต้องมิได้เกิดจากความสำคัญผิด การถูกบังคับ หลอกลวง ถูกข่มขู่ และไม่ขัดต่อความสงบ
เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ดี เนื่องจากสัญญาประธานที่จะกล่าวถึงตามขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็น
สัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศหรือเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ
เข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งมักเป็นสัญญาที่มีมูลค่ามหาศาลหรือเป็นโครงการขนาดใหญ่ ทำให้สัญญาส่วนใหญ่
ที่เกิดขึ้นมักมีลักษณะเป็นสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกิจการ
ทางการผลิต การจำหน่าย หรือการให้บริการที่มีการข้ามพรมแดนจากประเทศหนึ่งไปยังอีก
ประเทศหนึ่ง⁴ ซึ่งสามารถแบ่งรูปแบบการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ คือ

1) ธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ หมายถึง การส่งสินค้าออกไปขายต่างประเทศ (Exports)
และการนำสินค้าเข้ามาจำหน่ายในประเทศ (Imports) การค้าระหว่างประเทศจึงมีความแตกต่างและ
มีความสลับซับซ้อนมากกว่าการค้าภายในประเทศ และเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลายประเภท
โดยมีสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศเป็นหลัก และมีสัญญาประเภทอื่น ๆ เป็นสัญญารอง เช่น สัญญา
เกี่ยวกับการชำระราคาสินค้า สัญญาขนส่งระหว่างประเทศ หรือสัญญาประกันภัยระหว่างประเทศ
 เป็นต้น ดังนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาการค้าระหว่างประเทศจึงอาจเป็นกฎหมายในประเทศผู้
ส่งออกสินค้า กฎหมายภายในของประเทศผู้นำเข้าสินค้า ตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศที่
เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ ก็ได้⁵

2) ธุรกิจการลงทุนระหว่างประเทศ เป็นธุรกิจที่มีวิวัฒนาการมาจากการค้าระหว่างประเทศ
เมื่อได้มีการจัดตั้งหน่วยการผลิตหรือบริการขึ้นในต่างประเทศ กล่าวคือ เป็นธุรกิจที่มีการนำเอาทุน

³ ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 72.

⁴ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สราวุธ ปิตียาศักดิ์, กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์.
[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.stou.ac.th/schools/slwl/upload/40205-12.pdf> [27 ตุลาคม 2559].

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-13.

หรือเงินมาจัดการในต่างประเทศเพื่อให้เกิดมีรายได้หรือผลกำไรจากการจัดการนั้น รวมทั้งการให้สิทธิ ทั้งทางด้านการโอเน็ตเทคโนโลยีและการให้สิทธิในการประกอบการภายใต้ชื่อเครื่องหมายการค้าหรือ สูตรลับในการผลิตสินค้าหรือให้บริการในต่างประเทศ ดังนั้นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการลงทุน ระหว่างประเทศจึงได้แก่ สัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ สัญญาการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่าง ประเทศ เป็นต้น⁶

3) ธุรกิจการเงินระหว่างประเทศ หมายถึง การจัดหาเงินทุนจากแหล่งเงินทุนต่างประเทศเพื่อ ใช้ในการค้าหรือการลงทุนในประเทศ โดยเฉพาะการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ ดังนั้นกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับธุรกิจการเงินระหว่างประเทศจึงได้แก่ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินระหว่าง ประเทศ การออกพันธบัตรเงินกู้ในต่างประเทศ การกู้ยืมเงินจากกลุ่มผู้ให้กู้ (Syndication) การกู้ยืม เงินตามโครงการ (Project Finance) เป็นต้น⁷

2.1.2 ประเภทและวิธีการชำระหนี้ตามสัญญาประธานที่ต้องคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ ต่างประเทศ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสัญญาประธานที่จะต้องคำประกันตามขอบเขตการศึกษาของ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ สัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการค้า ระหว่างประเทศ ธุรกิจการลงทุนระหว่างประเทศ หรือธุรกิจการเงินระหว่างประเทศ โดยหนี้ตาม สัญญาประธานดังกล่าวมักเป็นหนี้เงิน กล่าวคือ เป็นหนี้ที่ลูกหนี้ต้องสามารถมอบเงินตราเพื่อชำระหนี้ แก่เจ้าหนี้ได้ ไม่ว่าหนี้ตามสัญญาประธานนั้นจะเป็นหนี้ที่มีอยู่แล้วขณะทำสัญญาหรือเป็นหนี้ที่อาจจะ เกิดขึ้นหรือมีผลสมบูรณ์ในอนาคตก็ตาม

จากการศึกษาพบว่า สัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศที่มักจะมีการขอให้ธนาคารออกหนังสือ คำประกัน ได้แก่

1) สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ หมายถึง สัญญาซื้อขายสินค้าที่ผู้ซื้อสินค้าและผู้ขายสินค้า อยู่คนละประเทศกัน โดยต้องมีการเคลื่อนย้ายสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งหรือต้องมีการเคลื่อนย้ายสินค้าข้ามพรมแดนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ซื้อและผู้ขายเป็นคนต่างประเทศ ก็ตาม แต่ถ้าไม่มีการส่งสินค้าข้ามพรมแดนระหว่างประเทศแล้วย่อมถือว่าเป็นการค้าขายระหว่าง ประเทศ⁸

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-6.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-8.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-14.

2) สัญญาให้บริการรับเหมาก่อสร้างระหว่างประเทศ หมายถึง สัญญารับเหมาก่อสร้างที่ผู้รับเหมาและผู้ว่าจ้างอยู่คนละประเทศกันโดยผู้รับเหมาจะต้องทำการก่อสร้างให้แล้วเสร็จและส่งมอบให้ตรงตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และผู้รับเหมาต้องจัดหาเครื่องมือต่าง ๆ สำหรับใช้ในการก่อสร้าง ตลอดจนรับผิดชอบแก้ไขความชำรุดบกพร่องที่เกิดในระหว่างที่ทำการก่อสร้างและภายหลังจากการก่อสร้างแล้วเสร็จ ส่วนผู้ว่าจ้างก็ต้องจ่ายค่าจ้างตามจำนวนที่ตกลงกันภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งในการเข้าทำสัญญารับเหมาก่อสร้างนั้นจะมีสัญญาอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ เช่น สัญญาประกวดราคาหรือประมาณงานก่อสร้าง สัญญาชำระเงินล่วงหน้า เป็นต้น⁹

3) สัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ หมายถึง สัญญากู้ยืมเงินที่ผู้ให้กู้ยืมและผู้ยืมอยู่คนละประเทศกัน โดยผู้ให้กู้จะโอนกรรมสิทธิ์ในเงินตราซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทใช้สลับไปให้แก่ผู้กู้และผู้กู้ตกลงว่าจะใช้คืนเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ให้กู้

2.1.3 การบังคับชำระหนี้ตามสัญญาประณานที่ต้องคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

เมื่อหนี้ตามสัญญาประณานใด ๆ ถึงกำหนดชำระแล้ว และลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้ศาลบังคับชำระหนี้ให้ได้ โดยในการบังคับชำระหนี้ เจ้าหนี้อาจขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้เมื่อสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้ หรือขอให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยการให้ลูกหนี้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ก็ได้¹⁰ แต่เนื่องจากข้อพิพาทตามสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ เป็นข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวพันระหว่างประเทศตั้งแต่ 2 ประเทศขึ้นไป โดยทั่วไปศาลแห่งประเทศที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงเป็นศาลแห่งประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ศาลแห่งประเทศที่คู่กรณีมีภูมิลำเนา หรือศาลแห่งประเทศที่มูลคดีเกิด หรือศาลแห่งประเทศที่การบังคับการตามสัญญานั้นจะเกิดขึ้น ดังนั้นในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะมีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเพื่อให้การระงับข้อพิพาทเป็นไปอย่างรวดเร็วและสมประโยชน์แก่คู่สัญญาสำหรับทุกฝ่าย หรือในบางกรณีคู่สัญญาจะ

⁹ APS design builder. สัญญาจ้างก่อสร้าง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: ; สัญญาจ้างก่อสร้าง. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://aps-designbuilder.com/%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%88%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%87.htm> [10 มิถุนายน 2558].

¹⁰ รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, หน้า 83.

แสดงเจตนาเลือกศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งแต่เพียงประเทศเดียวให้เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีก็ได้¹¹

2.2 หลักทั่วไปของคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีด้านต่าง ๆ ตลอดจนวิวัฒนาการทางสังคม เศรษฐกิจ การเมืองระหว่างประเทศ ทำให้การประกอบธุรกิจระหว่างประเทศขยายตัวมากขึ้น¹² แต่ในการทำธุรกิจระหว่างประเทศนั้นย่อมมีความเสี่ยงเพราะปัจจัยหลายอย่างที่เข้ามาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะในเรื่องความสามารถในการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญา ธนาคารจึงเข้ามามีบทบาทในการออกหนังสือค้ำประกันเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา ทำให้คู่สัญญาเกิดความมั่นใจได้ว่าหากมีการผิดนัดชำระหนี้ขึ้น จะสามารถเรียกให้ธนาคารชำระหนี้แทนได้ โดยในทางปฏิบัติหากคู่สัญญาฝ่ายใดประสงค์จะให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน จะต้องยื่นคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันตามแบบฟอร์มคำขอที่ธนาคารกำหนด¹³ จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงลักษณะและสาระสำคัญของข้อตกลงในคำขอออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อให้ทราบถึงนิติสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคำขอออกหนังสือค้ำประกันทุกฝ่าย

2.2.1 ลักษณะและสาระสำคัญของข้อตกลงในคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน

ผู้ที่ประสงค์จะให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันเพื่อประกันหนี้ให้แก่คู่สัญญาของตนซึ่งเป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศ จะต้องเป็นลูกค้ำของธนาคารที่มีวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศ โดยต้องยื่นคำขอออกหนังสือค้ำประกันตามแบบฟอร์มที่ธนาคารเป็นผู้กำหนดต่อธนาคาร ณ ที่ทำการของธนาคาร หรือจะยื่นผ่านระบบอินเทอร์เน็ตก็ได้

¹¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์, กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, หน้า 12-49 ถึง 12-51.

¹² รุ่งสรอายุ เทศสวัสดิ์, หลักประกันการชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบผลทางกฎหมายระหว่างกฎหมาย Ucp 500, lsp 98 และ Urdg 458, หน้า 3.

¹³ ประทีป ฟ้ากระจำง, "หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Bank Guarantee) ศึกษาหลักกฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติ", (เอกัตศึกษาปริญาณมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553).

โดยทั่วไป ลักษณะของข้อตกลงในคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน แต่ธนาคารจะมีการกำหนดข้อตกลงที่แตกต่างกัน¹⁴ ทำให้คำขอออกหนังสือค้ำประกันมีลักษณะเสมือนเป็นเอกสารหลักฐานแสดงความประสงค์ในการเข้าผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างลูกค้าของธนาคารเพื่อขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน โดยในคำขอจะระบุรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

1) ชื่อของคู่สัญญา เพื่อจะได้ทราบว่าผู้ที่ตกลงทำสัญญาซึ่งมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามคำขอออกหนังสือค้ำประกันนั้นเป็นใคร ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคล ในคำขอจะต้องระบุชื่อนิติบุคคลและผู้รับมอบอำนาจซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้น เพื่อป้องกันปัญหาในการปฏิเสธความรับผิดชอบตามคำขอออกหนังสือค้ำประกันนั้น เช่น “บริษัท.....โดยมีนาย.....เป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทน” เป็นต้น นอกจากนี้ยังต้องระบุชื่อและที่อยู่ของผู้รับหนังสือค้ำประกันอีกด้วย

2) วัน เดือน ปี ในการยื่นคำขอออกหนังสือค้ำประกัน

3) สถานที่ในการยื่นคำขอออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อจะได้ทราบว่าเมื่อจะต้องมีการฟ้องคดีตามคำขอออกหนังสือค้ำประกันแล้ว จะต้องฟ้องคดีต่อศาลใดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 (1)¹⁵

4) วัตถุประสงค์ในการขอออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อจะได้ทราบว่าผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันประสงค์จะนำหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกไปใช้เพื่อการใด เช่น ค้ำประกันการประมูลงาน ค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา ค้ำประกันการรับเงินล่วงหน้า ค้ำประกันผลงาน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้ยื่นคำขออาจระบุให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน โดยใช้แบบหนังสือค้ำประกันของตนก็ได้ เช่น “ทั้งนี้ ข้าพเจ้าประสงค์ให้ธนาคารใช้แบบหนังสือค้ำประกันตามแบบฟอร์มหนังสือสัญญาค้ำประกันที่แนบท้ายคำขอฉบับนี้ ซึ่งให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำขอฉบับนี้ด้วย”

5) จำนวนเงินที่ค้ำประกัน เพื่อให้ธนาคารสามารถประเมินปริมาณความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น และสามารถเรียกหลักประกันเพื่อการขอออกหนังสือค้ำประกันได้อย่างเหมาะสม ซึ่งโดยปกติจะระบุเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน เช่น “...มีความประสงค์ขอให้ธนาคารสำนักงานใหญ่ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่าธนาคาร ออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อค้ำประกัน.....ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ ภายในวงเงินค้ำประกันทั้งสิ้น.....บาท (.....)” นอกจากนี้ ยังสามารถระบุสกุลเงินเป็นเงินตราต่างประเทศหรือกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติมก็ได้ แต่ในกรณีที่เป็นการออกหนังสือค้ำประกันในสกุลเงินตราต่างประเทศ ก็จะมีการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการแลกเปลี่ยนสกุลเงินไว้ด้วย เช่น “ในกรณีที่เป็นการ

¹⁴ โปรดดูภาคผนวก ข

¹⁵ สุรพล ไตรเวทย์, หลักการทำสัญญาและตัวอย่างสัญญาต่าง ๆ ไทย-อังกฤษ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 41-47.

ออกหนังสือค้ำประกันในสกุลเงินตราต่างประเทศ และมีการผิณฑ์ชำระเงิน และ/หรือ ผิดข้อกำหนด หรือเงื่อนไขใดภายใต้คำขอฉบับนี้ ผู้ขอตกลงให้เป็นสิทธิและดุลยพินิจของธนาคารโดยลำพัง ไม่ว่าจะ ในขณะใดหลังจากเหตุดังกล่าว ในการเปลี่ยนสกุลเงินที่ผู้ขอมีภาระต้องชำระให้แก่ธนาคารภายใต้คำ ขอฉบับนี้ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ตามที่ธนาคารเห็นสมควรเป็นสกุลเงินบาทได้ โดยไม่ต้องขอความ ยินยอมจากผู้ขออีก”

6) ระยะเวลาในการค้ำประกัน เพื่อให้ธนาคารสามารถประเมินได้ว่าต้องมีภาระความ ผูกพันตามสัญญาค้ำประกันเป็นระยะเวลายาวนานเพียงใด ซึ่งจะมีการระบุไว้ 2 ประเภท คือ สัญญา ค้ำประกันประเภทมีกำหนดระยะเวลา และสัญญาค้ำประกันประเภทไม่มีกำหนดระยะเวลา โดยผู้ขอ ออกหนังสือค้ำประกันจะต้องเลือกว่าประสงค์จะให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันในประเภทใด กล่าวคือ หากเป็นการค้ำประกันประเภทมีกำหนดระยะเวลา มักจะมีข้อความว่า “ทั้งนี้เป็นการค้ำ ประกันประเภทมีกำหนดระยะเวลา นับตั้งแต่วันที่.....จนถึงวันที่.....” แต่หากเป็นการค้ำประกัน ประเภทไม่มีกำหนดระยะเวลา มักจะมีข้อความว่า “ทั้งนี้เป็นการค้ำประกันประเภทไม่มีกำหนด ระยะเวลา โดยเริ่มตั้งแต่.....เป็นต้นไป จนกว่าจะปฏิบัติตามเงื่อนไข และ/หรือข้อตกลงในสัญญา แล้วเสร็จ” หรือระบุข้อความว่า “จนกว่าผู้ขอ/ลูกหนี้ จะหมดภาระผูกพัน”

7) ค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกัน ธนาคารจะระบุเกี่ยวกับอัตราค่าธรรมเนียม และเงื่อนไขในการจ่ายค่าธรรมเนียมของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งจะมีข้อความว่า “ผู้ขอตกลง ชำระค่าธรรมเนียมการออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารในอัตราตามที่ระบุข้างล่างนี้ ทั้งนี้ผู้ขอรับ ทราบและยอมรับว่าค่าธรรมเนียมดังกล่าวธนาคารมีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงโดยไม่ต้องบอกกล่าว ล่วงหน้าหรือชี้แจงแสดงเหตุผลต่อผู้ขอแต่อย่างใด และผู้ขอตกลงชำระค่าธรรมเนียมให้แก่ธนาคารใน อัตราที่เปลี่ยนแปลงนั้น โดยไม่ได้แย้งคัดค้านใด ๆ ทั้งสิ้น และผู้ขอรับทราบว่าค่าธรรมเนียมดังกล่าว เป็นการชำระล่วงหน้า ซึ่งธนาคารไม่มีหน้าที่ต้องคืนให้แก่ผู้ขอไม่ว่ากรณีใด ๆ” นอกจากนี้ยัง กำหนดให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมีหน้าที่ต้องรับภาระในเรื่องค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจาก การออกหนังสือค้ำประกันอีกด้วย เช่น “ผู้ขอตกลงรับภาระและค่าใช้จ่ายค่าธรรมเนียม ค่าอากร ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นตามประเพณีของธนาคารในการออกหนังสือค้ำประกัน การชำระเงินตาม ภาระภายใต้หนังสือค้ำประกัน การขออนุญาตค้ำประกันด้วยสกุลเงินต่างประเทศ และ/หรือ การส่ง เงินไปชำระเป็นสกุลเงินต่างประเทศจากทางราชการ ผลต่าง และ/หรือ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากความ แตกต่างหรือความผันผวนของสกุลเงินและอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศกับเงินสกุลบาทใน การค้ำประกัน และ/หรือ การชำระเงินแบบต่าง ๆ ตลอดจนดอกเบี้ย ค่าใช้จ่าย และค่าเสียหายใด ๆ อันพึงเกิดขึ้นกับธนาคารในการดำเนินการตามคำขอฉบับนี้ให้แก่ธนาคารจนครบถ้วน พร้อมทั้ง ดอกเบี้ยนับแต่วันที่ธนาคารได้จ่ายเงินนั้น ๆ เป็นต้นไป จนถึงวันที่ผู้ขอได้ชำระให้แก่ธนาคารจน ครบถ้วน”

8) สิทธิของธนาคาร เช่น สิทธิของธนาคารในกรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการดำเนินการใด ๆ ตามคำขอ โดยมักจะมีข้อความว่า “เมื่อใดก็ตามที่ธนาคารได้รับแจ้งจากผู้รับหนังสือค้ำประกันให้รับผิดชอบใช้เงินตามหนังสือค้ำประกัน ผู้ขอตกลงให้ธนาคารชำระเงินตามจำนวนที่ถูกเรียกร้องได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ขอทราบก่อน และผู้ขอตกลงชดใช้เงินทุกจำนวนที่ธนาคารได้ชำระไปให้แก่ธนาคารในทันทีที่ได้รับแจ้ง ทั้งนี้ ผู้ขอสละสิทธิที่จะทักท้วงคัดค้านการชำระเงินของธนาคารตลอดจนยอมรับการปฏิบัติใด ๆ ของธนาคารตามหนังสือค้ำประกัน และหากผู้ขอ และ/หรือ ลูกหนี้ และ/หรือธนาคาร ยังมีข้อต่อสู้ใด ๆ กับผู้รับหนังสือค้ำประกัน ผู้ขอตกลงสละสิทธิที่จะโต้แย้งหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับธนาคาร ในการไม่ยกข้อต่อสู้หรือข้อโต้แย้งนั้น ทั้งนี้ โดยผู้ขอจะไปว่ากล่าวกับผู้รับหนังสือค้ำประกันเองเป็นส่วนหนึ่งต่างหาก” หรือระบุข้อความว่า “ธนาคารมีสิทธิที่จะดำเนินการตามคำขอฉบับนี้เป็นอย่างหนึ่งอย่างใด หรือทุกอย่างหรือไม่ก็ได้ และหากธนาคารได้รับความเสียหายเนื่องจากการดำเนินการใด ๆ ตามคำขอฉบับนี้ หรือในกรณีที่ธนาคารได้ชำระเงิน เมื่อถูกเรียกร้องหรือถูกเรียกเก็บเงินตามแบบฟอร์มหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร แม้ว่าจะโดยไม่ได้แจ้งให้ข้าพเจ้าทราบ ข้าพเจ้ายินยอมชดใช้ค่าเสียหายหรือจำนวนเงินดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารจนครบถ้วนทันทีที่ได้รับแจ้งจากธนาคารโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น ทั้งนี้ หากธนาคารได้ออกหนังสือสัญญาค้ำประกันตามแบบฟอร์มหนังสือสัญญาค้ำประกันที่แนบท้ายคำขอฉบับนี้ซึ่งเป็นการประสงค์ของข้าพเจ้า ในกรณีที่ธนาคารได้ชำระเงิน เมื่อถูกเรียกร้องหรือถูกเรียกเก็บเงินตามหนังสือสัญญาค้ำประกันดังกล่าว ข้าพเจ้ายินยอมชดใช้เงินจำนวนดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารเช่นเดียวกัน”

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิของธนาคารในการคิดดอกเบี้ยผิดนัดและสิทธิในการหักเงินจากบัญชีเงินฝากของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเพื่อชำระหนี้ในกรณีต่าง ๆ อีกด้วย สำหรับกรณีการคิดดอกเบี้ยเมื่อมีการผิดนัดในกรณีต่าง ๆ มักจะมีข้อความว่า “ในกรณีที่ข้าพเจ้าผิดนัดไม่ชำระค่าธรรมเนียม และ/หรือ ค่าใช้จ่ายในการค้ำประกันของธนาคาร และ/หรือ ไม่ชำระเงินที่ธนาคารต้องชำระไปเมื่อถูกเรียกร้องหรือเรียกเก็บตามภาระที่ได้กระทำไป และ/หรือ ไม่ชำระค่าเสียหาย และ/หรือ เงินจำนวนใด ๆ เนื่องจากการนี้อย่างใดดังกล่าวข้างต้น ข้าพเจ้าตกลงชดใช้เงินดังกล่าว พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราดอกเบี้ยสูงสุดกรณีผิดนัดชำระหนี้ตามที่ธนาคารประกาศกำหนด ซึ่งขณะนี้เท่ากับร้อยละ...แต่ต่อไปอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามที่ธนาคารจะประกาศกำหนดเป็นคราว ๆ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า อัตราสูงสุดผิดเงื่อนไขของจำนวนเงินดังกล่าว นับแต่วันที่ธนาคารเรียกเก็บ หรือวันที่ธนาคารได้จ่ายเงินไป หรือวันที่ความเสียหายเกิดขึ้น (แล้วแต่กรณี) จนกว่าข้าพเจ้าจะชำระเงินดังกล่าวให้แก่ธนาคารจนเสร็จสิ้น” หรือระบุข้อความว่า “อัตราดอกเบี้ยสำหรับเงินที่ผู้ขอจะต้องชำระให้แก่ธนาคารภายใต้ภาระตามคำขอฉบับนี้ ผู้ขอยินยอมให้ธนาคารคิดในอัตราเท่ากับอัตราดอกเบี้ยผิดนัดที่ธนาคารประกาศกำหนด ในแต่ละขณะเวลา ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามที่ธนาคารประกาศ

กำหนดเป็นคราว ๆ ไป ธนาคารไม่จำเป็นต้องทำพยานหลักฐานใด ๆ ให้แก่ผู้ขออีกแต่ประการใด (ซึ่งในคำขอฉบับนี้จะอ้างถึงว่า อัตราผิวนัด)”

สำหรับสิทธิในการหักเงินจากบัญชีเงินฝากของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเพื่อชำระหนี้ในกรณีต่าง ๆ นั้น จะมีข้อความว่า “ข้าพเจ้ายินยอมให้เป็นสิทธิของธนาคารที่จะใช้ดุลยพินิจหักเงินจากบัญชีเงินฝากทุกประเภทที่ข้าพเจ้ามีอยู่กับธนาคาร หรือเงินอื่นใดก็ตามที่ข้าพเจ้ามีอยู่กับธนาคาร หรือที่ข้าพเจ้ามีสิทธิจะได้รับคืนจากธนาคาร รวมทั้งเงินที่ข้าพเจ้าเป็นเจ้าของหรือเป็นเจ้าของหนี้ธนาคาร เพื่อชำระหนี้ดังกล่าวให้แก่ธนาคารทันที โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบ และในกรณีที่เงินในบัญชีดังกล่าว และ/หรือ เงินที่ข้าพเจ้ามีอยู่กับธนาคาร หรือเงินที่ข้าพเจ้ามีสิทธิจะได้รับคืนจากธนาคาร หรือเงินที่ข้าพเจ้าเป็นเจ้าของหรือเป็นเจ้าของหนี้ธนาคาร ไม่มีให้หักหรือมีแต่ไม่พอให้หักชำระหนี้ได้ครบถ้วน ข้าพเจ้ายินยอมให้ธนาคารมีสิทธิใช้ดุลยพินิจนำเงินตามจำนวนที่ข้าพเจ้าจะต้องรับผิดชอบดังกล่าว หรือหนี้ทั้งจำนวนนั้น หรือหนี้จำนวนที่คงเหลือหลังจากหักชำระหนี้แล้วนั้นไปลงจ่ายในบัญชีเดินสะพัดที่ข้าพเจ้ามีอยู่กับธนาคาร เพื่อให้ข้าพเจ้าเป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีต่อธนาคารต่อไป และข้าพเจ้ายินยอมเสียดอกเบี้ยทบต้นของจำนวนเงินที่เป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีให้แก่ธนาคารในอัตราที่กำหนดไว้ในใบคำขอเปิดบัญชีเดินสะพัด และ/หรือ สัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีที่ข้าพเจ้าทำไว้กับธนาคาร และตามประเพณีการคิดดอกเบี้ยในบัญชีเดินสะพัดของธนาคารด้วย นับแต่วันที่เงินนี้เบิกเงินเกินบัญชีเป็นต้นไป” หรือระบุข้อความว่า “ผู้ขอยินยอมให้ธนาคารมีสิทธิใช้ดุลยพินิจหักเงินจำนวนใด ๆ ที่ผู้ขอเป็นเจ้าของ หรือเป็นเจ้าของหนี้ธนาคารในขณะนี้ และ/หรือ ในภายหน้า เพื่อชำระค่าธรรมเนียม ค่าเสียหาย ค่าใช้จ่าย เงินที่ธนาคารได้ชำระไปตามที่ถูกเรียกร้องภายใต้ภาระการค้ำประกัน และ/หรือ เงินจำนวนอื่นใดที่ผู้ขอต้องชำระให้แก่ธนาคาร โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ขอทราบ”

9) ความรับผิดชอบของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน โดยปกติจะมีข้อความกำหนดให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่ธนาคารโดยไม่ยกข้อต่อสู้ใด ๆ เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบทั้งสิ้น ตลอดจนกำหนดให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่ธนาคารแม้ว่าความรับผิดชอบนั้นจะเกินกว่าที่วงเงินค้ำประกันกำหนดก็ตาม เช่น “ผู้ขอสละสิทธิที่จะทักท้วงคัดค้านการชำระเงินของธนาคาร ตลอดจนยอมรับการปฏิบัติใด ๆ ของธนาคารตามหนังสือค้ำประกัน และหากผู้ขอ และ/หรือ ลูกหนี้ และ/หรือ ธนาคารยังมีข้อต่อสู้ใด ๆ กับผู้รับหนังสือค้ำประกัน ผู้ขอตกลงสละสิทธิที่จะโต้แย้งหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับธนาคาร ในการไม่ยกข้อต่อสู้หรือข้อโต้แย้งนั้น ทั้งนี้ โดยผู้ขอจะไปว่ากล่าวกับผู้รับหนังสือค้ำประกันเป็นส่วนหนึ่งต่างหากเอง” หรือระบุข้อความว่า “ธนาคารเป็นผู้ประกอบธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธนาคารจึงมีหน้าที่และความจำเป็นในการรักษาชื่อเสียง เพื่อให้เกิดความไว้วางใจในทางธุรกิจที่บุคคลทั่วไปจะพึงมีต่อธนาคาร ดังนั้น ในกรณีที่ธนาคารถูกเรียกร้องให้ชำระเงินตามภาระที่ธนาคารมีอยู่ในหนังสือสัญญาค้ำประกันที่ธนาคารได้ออกตามคำขอฉบับนี้ของ

ข้าพเจ้าฉบับนี้แล้ว ธนาคารจำเป็นต้องรักษาความน่าเชื่อถือของหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร โดยการจ่ายเงินไปตามที่ถูกเรียกร้องได้ทันที ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบก่อนหรือไม่ จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากข้าพเจ้าก่อน หรือแม้ว่าข้าพเจ้า และ/หรือ ลูกหนี้จะได้คัดค้านหรือโต้แย้งการจ่ายเงินของธนาคารดังกล่าวแล้วก็ตาม และหากธนาคารได้จ่ายเงินไปแทนข้าพเจ้า และ/หรือ ลูกหนี้ โดยที่ไม่ยกข้อต่อสู้ของข้าพเจ้า และ/หรือ ลูกหนี้ และ/หรือ ธนาคารไม่ใช่สิทธิหรือไม่ยกข้อต่อสู้ของธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันตามกฎหมาย (หากมี) ซึ่งรวมถึงกรณีที่ธนาคารไม่ยกข้อต่อสู้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 686, 688, 689, 690 และ 699 และ/หรือ กรณีที่ธนาคารตกลงหรือให้ความยินยอมในการผ่อนเวลาหรือธนาคารไม่ยกข้อต่อสู้หรือปฏิเสธการชำระเงินในกรณีที่มีการผ่อนเวลาโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือความตกลงของธนาคารด้วย หรือในกรณีอื่นใดก็ตาม ข้าพเจ้าตกลงว่าจะไม่ยกเหตุดังกล่าวขึ้นขึ้นปฏิเสธความรับผิดที่จะไม่ชดใช้เงินแก่ธนาคารด้วยประการใด ๆ ทั้งสิ้น รวมทั้งในกรณีที่ธนาคารได้จ่ายเงินอื่นให้แก่ผู้รับประโยชน์ตามเงื่อนไขที่ระบุในสัญญาค้ำประกันดังกล่าว ซึ่งเมื่อรวมแล้วอาจเกินกว่าวงเงินค้ำประกันที่ระบุไว้ในสัญญาค้ำประกัน และคำขอฉบับนี้ ข้าพเจ้าตกลงยินยอมรับผิดชดใช้เงินดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารเต็มตามจำนวนเงินที่ธนาคารจ่ายไป โดยไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ ทั้งสิ้น”

นอกจากนี้ สำหรับการขอออกหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ ซึ่งกำหนดให้หนังสือค้ำประกันที่ออกจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศนั้น มักจะมีข้อตกลงกำหนดให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันจะต้องผูกพันตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นด้วย เช่น “ผู้ขอตกลงและรับทราบว่า ในกรณีที่หนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศ หรือกฎระเบียบวิธีปฏิบัติใด ๆ หากมีข้อพิพาทภายใต้หนังสือค้ำประกันเกิดขึ้น ผู้ขอตกลงผูกพันต่อธนาคารและผู้รับหนังสือค้ำประกันตามบทบัญญัติ/ข้อกำหนดของกฎหมาย/กฎระเบียบนั้น ตลอดจนสละสิทธิ และ/หรือ ข้อยกเว้นใด ๆ อันผู้ขออาจพึงมีและพึงอ้างได้ตามกฎหมาย/กฎระเบียบนั้น ๆ อันเป็นเหตุให้ผู้ขอได้รับการยกเว้นความรับผิด และ/หรือ ความรับผิดขอบใด ๆ ที่ผู้ขอจะต้องรับผิดชอบและ/หรือรับผิดชอบต่อธนาคาร”

10) หน้าที่ของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเมื่อครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกัน โดยมีข้อความว่า “เมื่อครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกัน และหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารได้สิ้นสุดลงแล้ว ข้าพเจ้าขอให้สัญญาว่า ข้าพเจ้าจะส่งคืนฉบับหนังสือสัญญาค้ำประกันคืนให้แก่ธนาคาร หรือนำหนังสือยืนยันจากผู้รับประโยชน์ให้เป็นที่พอใจแก่ธนาคารว่าธนาคารหมดภาระผูกพันตามหนังสือสัญญาค้ำประกันแล้ว มามอบให้แก่ธนาคารภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกัน และ/หรือ วันที่หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารได้สิ้นสุดผลใช้บังคับ (แล้วแต่กรณี) หากข้าพเจ้าไม่สามารถคืนต้นฉบับหนังสือสัญญาค้ำประกัน หรือไม่สามารถนำหนังสือยืนยันจากผู้รับประโยชน์มามอบให้แก่ธนาคารภายในกำหนดเวลาดังกล่าวข้างต้น ข้าพเจ้าตกลงยินยอมเสีย

ค่าธรรมเนียมรักษาความเสี่ยงของภาวะค้ำประกันให้แก่ธนาคารในอัตราที่ธนาคารกำหนดต่อไปนับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกันดังกล่าว และ/หรือ วันที่หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารได้สิ้นสุดใช้บังคับ (แล้วแต่กรณี) จนกว่าธนาคารจะได้รับต้นฉบับหนังสือสัญญาค้ำประกันคืน หรือได้รับหนังสือยืนยันจากผู้รับประโยชน์ดังกล่าวข้างต้น”

11) หลักประกัน โดยปกติธนาคารจะกำหนดให้ผู้ขอก่อนหนังสือค้ำประกันนำหลักประกันมามอบไว้ให้แก่ธนาคาร เพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามคำขอก่อนหนังสือค้ำประกันด้วย

12) กฎหมายที่ใช้บังคับกับคำขอก่อนหนังสือค้ำประกัน เนื่องจากธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันเป็นธนาคารในประเทศไทย จึงมักจะกำหนดให้คำขอก่อนหนังสือค้ำประกันอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทย

13) ลายมือชื่อคู่สัญญา เพื่อแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาซึ่งได้ตกลงทำสัญญา มีเจตนาจะผูกพันและรับผิดชอบตามข้อความที่ระบุไว้ในสัญญา โดยในกรณีที่คู่สัญญาเป็นนิติบุคคล กรรมการหรือหุ้นส่วนผู้มีอำนาจจัดการแทนนิติบุคคล จะเป็นผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อแทนนิติบุคคลนั้น แต่จะต้องเป็นไปตามวิธีการแสดงเจตนาของนิติบุคคลที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท กล่าวคือ ต้องมีลายมือชื่อของบุคคลเหล่านั้นและต้องมีการประทับตราของบริษัท จึงจะมีผลผูกพันตามกฎหมาย

14) พยานในการทำสัญญา โดยปกติ แม้กฎหมายจะไม่ได้บังคับให้การทำคำขอก่อนหนังสือค้ำประกันจะต้องมีพยานก็ตาม แต่การมีพยานรับรู้และรับรองจะทำให้คำขอก่อนหนังสือค้ำประกันมีความน่าเชื่อถือ และคู่สัญญามีความระมัดระวังในการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำขอก่อนหนังสือค้ำประกันมากยิ่งขึ้นเพราะมีพยานซึ่งเป็นบุคคลอื่นร่วมรับรู้ในการทำสัญญาด้วย อีกทั้ง ในกรณีเกิดปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็สามารถนำพยานมายืนยันความถูกต้องของสัญญาได้ ซึ่งในทางปฏิบัตินิยมให้มีพยานในสัญญาเพียง 2 คนเท่านั้น¹⁶

15) เอกสารแนบท้ายสัญญา เป็นการระบุรายละเอียดต่าง ๆ ซึ่งคู่สัญญาต้องปฏิบัติตาม โดยจะกำหนดให้ถือว่าเอกสารดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย ทำให้ในกรณีที่มีปัญหาการตีความเกี่ยวกับสัญญา จะต้องพิจารณารายละเอียดในเอกสารแนบท้ายสัญญาร่วมด้วย¹⁷

2.2.2 นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-47.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-47.

เนื่องจาก โดยทั่วไปผู้ที่ประสงค์จะให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันเพื่อประกันหนี้ให้แก่ คู่สัญญาของตนซึ่งเป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศ จะต้องกรอกแบบฟอร์มคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน โดยระบุรายละเอียดในเรื่องต่าง ๆ¹⁸ เพื่อให้ธนาคารสามารถตรวจสอบและวิเคราะห์ถึง ความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ตลอดจนสามารถประเมินความเสี่ยงและความรับผิดชอบที่จะเกิดแก่ธนาคารในอนาคตได้อย่างถูกต้อง ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าในคำขอออก หนังสือค้ำประกันมีบุคคลที่เกี่ยวข้อง 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ประกอบการที่ต้องการให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อใช้เป็น หลักประกันในการเข้าทำสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ โดยเป็นลูกค้ำของธนาคารที่มีวงเงินสินเชื่อ เพื่อการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศ และฝ่ายธนาคารซึ่งเป็นผู้รับคำขอออกหนังสือค้ำประกันหรือเป็นผู้ให้สัญญาในการออกหนังสือค้ำประกัน

สำหรับนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายนั้น เริ่มต้นจากการที่ฝ่ายผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้เข้าทำสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ สัญญาให้บริการรับเหมาก่อสร้างระหว่างประเทศ หรือสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ เป็นต้น และผลจากการเข้าทำสัญญาดังกล่าวทำให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันตกอยู่ในสถานะเป็นลูกหนี้ ในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะที่เป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศ ซึ่งต้องการให้ ลูกหนี้นำหนังสือค้ำประกันของธนาคารมามอบไว้ให้ตนยึดถือเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาทางธุรกิจดังกล่าว ทำให้ลูกหนี้ต้องยื่นคำขอออกหนังสือค้ำประกันต่อธนาคารที่ตนเป็น ลูกค้ำอยู่ เพื่อขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศนั้น ในกรณีที่ธนาคารตกลงผูกพันตามคำขอออกหนังสือค้ำประกันด้วยการแสดงเจตนายินยอมออกหนังสือค้ำประกันให้ตามที่ ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันร้องขอ ก็จะทำให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันและ ธนาคารตาม “สัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกัน” โดยถือเสมือนหนึ่งว่าคำขอออกหนังสือค้ำประกัน ของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นคำเสนอ และเมื่อธนาคารยินยอมออกหนังสือค้ำประกันให้ตามคำ ขอดังกล่าว ก็เท่ากับว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองตอบรับคำเสนอของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน และก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างกันตามที่ระบุไว้ในคำขอออกหนังสือค้ำประกัน

2.2.3 การจัดให้มีหลักประกันตามคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน

¹⁸ ศาสตราจารย์ยวรี หะวานนท์, การบัญชีธนาคารการปฏิบัติงานธนาคารพาณิชย์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2534), หน้า 357.

เมื่อธนาคารตกลงยินยอมออกหนังสือค้ำประกันตามที่ลูกค้าของตนร้องขอแล้ว ย่อมทำให้ธนาคารมีสถานะทางกฎหมายเป็นผู้ค้ำประกันหนี้ตามสัญญาประธานระหว่างผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันและผู้รับหนังสือค้ำประกันซึ่งเป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศ ดังนั้น หากผู้รับหนังสือค้ำประกันได้แจ้งให้ธนาคารชดใช้เงินตามสัญญาค้ำประกัน และธนาคารได้ใช้เงินให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันแล้ว ธนาคารย่อมมีสิทธิเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันชดใช้เงินให้แก่ธนาคารได้ แต่อาจเกิดกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันไม่สามารถชำระหนี้คืนให้แก่ธนาคารได้ ธนาคารจึงจำเป็นต้องเรียกหลักประกันการออกหนังสือค้ำประกัน โดยกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในคำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นข้อความว่า “เพื่อเป็นประกันความเสียหายในการนี้ ข้าพเจ้าได้มอบหลักประกันดังกล่าวต่อไปนี้ไว้ให้แก่ธนาคารเพื่อเป็นหลักประกันด้วยแล้ว.....” เพื่อให้ธนาคารมั่นใจว่าหากธนาคารได้ชำระหนี้ตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันแล้ว และปรากฏในภายหลังว่าผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันไม่สามารถชำระหนี้คืนได้ ธนาคารก็มีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันนำมาวางไว้ เพื่อลดความเสียหายหรือป้องกันความเสี่ยงต่อหนี้สูญที่อาจเกิดขึ้นต่อธนาคาร จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักประกัน เป็นทรัพย์สินที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันนำมาเป็นหลักประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ธนาคารซึ่งเป็นผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน¹⁹

โดยทั่วไป ทรัพย์สินที่ธนาคารจะรับไว้เป็นหลักประกัน จะต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถซื้อขายในท้องตลาดได้ง่าย ในราคาพอสมควร และเป็นทรัพย์สินที่ไม่เสื่อมค่าหรือสึกหรอแปรสภาพไปก่อนจะถึงกำหนดชำระหนี้ เพื่อป้องกันปัญหาความยุ่งยากในการจำหน่ายหลักประกันดังกล่าว ซึ่งทรัพย์สินที่ธนาคารนิยมรับไว้เป็นหลักประกัน²⁰ ได้แก่

1) อสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน อาคารโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง ตลอดจนสิทธิการเช่า เป็นต้น โดยธนาคารจะสำรวจอสังหาริมทรัพย์ที่นำมาวางเป็นประกัน เพื่อทำแผนผังแสดงที่ตั้งที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง และทำการประเมินราคา ซึ่งในการประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์นั้น มักจะประเมินต่ำกว่าราคาซื้อขายในตลาดเล็กน้อยเฉลี่ยกับราคาปานกลางของหอยทะเลเปียนที่ดิน ในกรณีที่ที่ดินดังกล่าวมีสิ่งปลูกสร้างอยู่บนที่ดิน ก็จะมีการแยกประเมินราคาที่ดินและสิ่งปลูกสร้างออกจากกัน

2) เครื่องจักรและเครื่องใช้ในโรงงาน หรือรถยนต์ สำหรับการนำเครื่องจักรมาเป็นหลักประกันนั้น จะต้องมียังหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักรมาแสดงต่อธนาคาร ส่วนการนำรถยนต์มาเป็นหลักประกันก็ต้องมีการจดทะเบียนจำนองรถยนต์ไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ กรมเจ้าท่าด้วย

¹⁹ ชนินทร์ พิทยาวิธ, การบริหารสินเชื่อการเงินครบวงจร, (กรุงเทพมหานคร: อักษรโสภณ, 2550), หน้า 64.

²⁰ ศาสตราจารย์วารี หะวานนท์, การบัญชีธนาคารการปฏิบัติงานธนาคารพาณิชย์, หน้า 181-184.

3) สินค้า โดยสินค้าที่ธนาคารจะรับมาเป็นหลักประกันนั้น จะต้องเป็นสินค้าที่ไม่เสื่อมสภาพได้ง่ายและต้องซื้อขายในตลาดได้คล่อง เช่น สินค้าที่ส่งออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ เป็นต้น โดยผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันจะต้องนำสินค้ามาเก็บรักษาไว้ในคลังสินค้าของธนาคารหรือเก็บไว้ในคลังสินค้าที่ธนาคารสามารถควบคุมได้และมีใบรับคลังสินค้ามามอบไว้ให้แก่ธนาคาร

4) เงินฝากที่ต้องจ่ายคืนเมื่อสิ้นระยะเวลาหรือเงินฝากออมทรัพย์ โดยผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันต้องแสดงเจตนายินยอมให้ธนาคารหักเงินฝากของตนเพื่อชำระหนี้ได้ ซึ่งโดยปกติจำนวนเงินฝากที่จะใช้เป็นหลักประกันได้นั้น จะต้องคุ้มกับวงเงินตามหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารจะต้องรับผิดชอบ

5) หลักประกันอื่น เช่น หุ่นบริษัท พันธบัตรรัฐบาลหรือหลักทรัพย์ที่รัฐบาลค้ำประกัน สิทธิการเช่าอาคาร เป็นต้น

2.3 หลักทั่วไปของหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

เนื่องจากธนาคารเป็นตัวกลางที่เชื่อมโยงระหว่างประชาชนผู้มีเงินออมกับผู้ต้องการเงินทุน โดยอาศัยเครื่องมือทางการเงินต่าง ๆ กล่าวคือ ธนาคารจะทำหน้าที่รับฝากเงินจากประชาชนผู้มีเงินออม และนำไปให้สินเชื่อให้แก่ผู้ที่ต้องการโดยคิดค่าตอบแทน ดังนั้น การให้สินเชื่อของธนาคารจึงถือว่าเป็นธุรกรรมที่มีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงลักษณะและสาระสำคัญของข้อตกลงในหนังสือค้ำประกัน ประเภทของหนังสือค้ำประกัน ตลอดจนวิธีปฏิบัติของธนาคารในการออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อจะได้ทราบถึงนิติสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหนังสือค้ำประกันทุกฝ่าย

2.3.1 หลักการให้สินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์

พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ได้กำหนดนิยามของการให้สินเชื่อไว้ว่า “การให้สินเชื่อ หมายความว่า การให้กู้ยืมเงิน หรือซื้อ ช้อลต รับช่วงช้อลตตัวเงิน เป็นเจ้าหนี้ เนื่องจากได้จ่ายหรือสั่งให้จ่ายเงินเพื่อประโยชน์ของผู้เคยค้า หรือเป็นเจ้าหนี้เนื่องจากได้จ่ายเงินตามภาระผูกพันตามเลตเตอร์ออฟเครดิตหรือภาระผูกพันอื่น” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าธุรกรรมการให้สินเชื่อของธนาคารนั้นมีได้หมายความเฉพาะแต่เพียงการให้กู้ยืมเงินเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการจ่ายเงินตามภาระผูกพันอื่นอีกด้วย ดังนั้น แม้ว่าการออกหนังสือค้ำประกันจะมีลักษณะเป็นการก่อหนี้สินที่ยังไม่แน่นอน (Contingent Liabilities) กล่าวคือ เป็นการก่อภาระผูกพันขึ้น โดยยังไม่แน่นอนว่าธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันหรือไม่ แต่หากธนาคารได้

จ่ายเงินตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันดังกล่าวแล้ว ธนาคารย่อมมีความเสี่ยงเช่นเดียวกับการให้สินเชื่อ

สำหรับผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันนั้น โดยทั่วไปมักจะประกอบธุรกิจที่แตกต่างกันและต้องการนำหนังสือค้ำประกันไปใช้ในวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ในการพิจารณาสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร จึงต้องมีหลักการและวิธีการในการปฏิบัติแตกต่างกันออกไปในแต่ละธุรกิจด้วย²¹ แต่ในทางปฏิบัติ เครื่องมือที่นิยมใช้ในการวิเคราะห์สินเชื่อ ได้แก่ นโยบาย 6 C's เพื่อการวิเคราะห์สินเชื่อ²² ซึ่งมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1) คุณสมบัติของผู้ขอสินเชื่อ (Character) เป็นสิ่งที่ธนาคารใช้พิจารณาว่าผู้ขอสินเชื่อมีความรับผิดชอบ ความมั่นคง ความซื่อสัตย์สุจริต ความตรงต่อเวลา และความเสมอต้นเสมอปลายในการปฏิบัติการชำระหนี้หรือไม่ ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นบุคคลธรรมดา ธนาคารก็จะพิจารณาจากประวัติการชำระหนี้ ลักษณะของการทำงานที่ทำ ฐานะทางสังคม รวมถึงสอบถามความเห็นของเพื่อนบ้านและผู้คุ้นเคยด้วย แต่ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจ ธนาคารจะพิจารณาจากประวัติการชำระหนี้ ประวัติการถูกฟ้องร้อง ฐานะและการเติบโตของกิจการ นโยบายการชำระหนี้ วิธีการชำระหนี้ ตลอดจนอุปนิสัยของผู้บริหารของนิติบุคคลนั้น²³

2) ความสามารถในการชำระหนี้ (Capacity) หมายถึง สมรรถภาพในการหารายได้เพื่อนำมาชำระหนี้²⁴ โดยพิจารณาจากรายได้ ความสามารถในการหารายได้ หนี้สินที่มีอยู่ และรูปแบบการใช้จ่าย ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นบุคคลธรรมดา ธนาคารก็จะพิจารณาจากคุณสมบัติของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นหลัก เช่น เงินเดือน ลักษณะของงานที่ทำ ความมั่นคงของสถานที่ทำงาน ฐานะการสมรสและขนาดครอบครัว เป็นต้น แต่ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นนิติบุคคล ธนาคารจะพิจารณาจากยอดขาย กำไร ลักษณะและขนาดของธุรกิจ แผนการบริหารงาน หนี้สินระยะสั้นและระยะยาว ตลอดจนคุณสมบัติของผู้บริหารของนิติบุคคลนั้น²⁵

3) เงินทุน (Capital) ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นบุคคลธรรมดา ธนาคารก็จะพิจารณาจากทรัพย์สินที่มีตัวตนและไม่มีตัวตน รวมถึงภาระจำนอง จำนำในทรัพย์สินนั้น แต่ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นนิติบุคคล คำว่า เงินทุนนี้จะหมายถึงส่วนของทรัพย์สินต่อหนี้สิน

²¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดารณี พุทธิวิบูลย์, การจัดการสินเชื่อ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 81.

²² กฤษฎา สังขมณี, การจัดการสินเชื่อ, (กรุงเทพมหานคร: ธนอักษรพิมพ์, 2549), หน้า 83.

²³ ดร.ภิเชก ชัยนิรันดร์, การบริหารสินเชื่อ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), หน้า 60.

²⁴ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดารณี พุทธิวิบูลย์, การจัดการสินเชื่อ, หน้า 83.

²⁵ ดร.ภิเชก ชัยนิรันดร์, การบริหารสินเชื่อ, หน้า 62.

กล่าวคือ หากธุรกิจของนิติบุคคลนั้นอาศัยแหล่งเงินทุนจากส่วนของหนี้สินเป็นส่วนใหญ่ ธนาคารจะไม่น่าจะยอมให้สินเชื่อเพิ่มเติม เนื่องจากมีความเสี่ยงสูงที่นิติบุคคลนั้นจะไม่สามารถชำระหนี้ได้ ในทางกลับกัน หากแหล่งเงินทุนของนิติบุคคลนั้นมาจากส่วนของทุนย่อมจะไม่มีพันธะผูกพันใด ๆ ธนาคารก็จะมีความปลอดภัยในการอนุมัติสินเชื่อมากกว่า²⁶

4) หลักประกัน (Collateral) โดยทั่วไป ก่อนที่ธนาคารจะอนุมัติการให้สินเชื่อ ธนาคารจะกำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อวางทรัพย์สินไว้ต่อธนาคาร เพื่อเป็นหลักประกันการอนุมัติสินเชื่อนั้น²⁷ ในการออกหนังสือค้ำประกันก็เช่นเดียวกัน ธนาคารจะเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันต้องวางหลักประกันการขอออกหนังสือค้ำประกันไว้กับธนาคาร โดยหลักประกันที่ดีจะต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่มีความคงทนถาวร ไม่ใช่ทรัพย์สินที่ฟุ้ง เปื่อยเน่า หรือสูญเสียบริโภคไปได้อย่างง่าย และต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถจำหน่ายได้ง่าย ตลอดจนมีเสถียรภาพในเรื่องมูลค่าของตัวทรัพย์สินสูง²⁸

5) สภาพทางเศรษฐกิจ (Condition) เป็นคุณสมบัติในเชิงมหภาค ที่ธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันจะต้องมีความรู้ถึงภาวะแวดล้อมภายนอกที่ส่งผลกระทบต่อทั้งในแง่บวกและแง่ลบต่อสถานะของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อธนาคาร โดยธนาคารจะต้องพิจารณาถึงกฎหมาย การเมือง เศรษฐกิจ สังคม เทคโนโลยี อัตราภาษี อัตราดอกเบี้ย อัตราแลกเปลี่ยน ต้นทุนแรงงาน และค่าขนส่ง เป็นต้น²⁹

6) ประเทศที่ติดต่อด้วย (Country) โดยเฉพาะกรณีการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศ หรือกรณีที่ต้องออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันต่างประเทศ ควรพิจารณาถึงภาวะการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของประเทศที่ติดต่อด้วย เนื่องจากแนวคิดและความรับผิดชอบเกี่ยวกับเอกสารและประเพณีปฏิบัติทางการค้าอาจแตกต่างกัน³⁰

ดังนั้น เมื่อการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารถือได้ว่าเป็นการประกอบธุรกรรมการให้สินเชื่ออย่างหนึ่ง ซึ่งมีความสำคัญในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาของรายได้หลักของธนาคาร³¹ ในการพิจารณาเพื่อออกหนังสือค้ำประกัน ธนาคารจึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่ออนุมัติสินเชื่อด้วย

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

²⁷ วนิดา วงศ์ภินันท์วัฒนา, "การบริหารงานด้านหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์: มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 2539).

²⁸ ดร.ภิเชก ชัยนิรันดร์, การบริหารสินเชื่อ, หน้า 82.

²⁹ กฤษฎา สังขมณี, การจัดการสินเชื่อ, หน้า 85.

³⁰ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดารณี พุทธิวิบูลย์, การจัดการสินเชื่อ, หน้า 83.

³¹ สมาคมสถาบันการศึกษาการธนาคารและการเงินไทย, คู่มือการเงินการธนาคารสำหรับนักการธนาคารไทย, หน้า 149.

2.3.2 ความหมายและความสำคัญของการออกหนังสือค้ำประกันเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

เนื่องจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจและการค้าการลงทุน ทำให้แต่ละประเทศสนับสนุนให้มีการลงทุนทำธุรกิจระหว่างประเทศมากขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ในการทำธุรกิจย่อมมีความเสี่ยงเพราะปัจจัยหลายอย่างเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เพราะโดยทั่วไปในการทำธุรกิจระหว่างประเทศมักจะมีมูลค่ามหาศาลหรือเป็นโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่มีเงินลงทุนสูง ซึ่งหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นจะก่อให้เกิดความเสียหายเป็นวงกว้าง จึงได้มีการพัฒนาวิธีการลดจนกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น โดยการให้ธนาคารซึ่งมีสถานะทางการเงินดี มีเงินทุนสูงเข้ามามีบทบาทในการออกหนังสือค้ำประกัน³² เพื่อค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาทางธุรกิจดังกล่าว ซึ่งโดยทั่วไปธุรกิจระหว่างประเทศที่ธนาคารมักออกหนังสือค้ำประกันให้ ได้แก่ ธุรกิจนำเข้าหรือส่งออกสินค้า หรือธุรกิจประมุลงานก่อสร้างหรืองานบริการในต่างประเทศ³³ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่บริษัทผู้รับเหมาก่อสร้างในประเทศไทยต้องการเข้ายื่นซองเพื่อประมุลงานก่อสร้างของรัฐบาลต่างประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่าเมื่อถึงกำหนดเวลาในการยื่นซองประมุลงานแล้ว บริษัทผู้รับเหมาจะเข้ายื่นซองประกวดราคา รัฐบาลต่างประเทศอาจกำหนดเงื่อนไขให้บริษัทผู้รับเหมาต้องนำหนังสือค้ำประกันการยื่นซองประกวดราคาที่ออกโดยธนาคารมาวางไว้เป็นหลักประกัน หรือในกรณีที่บริษัทผู้รับเหมาเป็นผู้ชนะการประกวดราคาแล้ว รัฐบาลต่างประเทศอาจกำหนดให้บริษัทผู้รับเหมาต้องนำหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาของธนาคารมาวางไว้เป็นหลักประกัน เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่รัฐบาลต่างประเทศว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญาก่อสร้างจนแล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาที่ตกลงกันไว้ ตลอดจนภายหลังจากการก่อสร้างแล้วเสร็จ รัฐบาลต่างประเทศอาจกำหนดให้บริษัทผู้รับเหมาต้องนำหนังสือค้ำประกันผลงานของธนาคารมาวางไว้เป็นหลักประกันกรณีที่มีความเสียหายใด ๆ เกิดจากผลงานการก่อสร้างของบริษัทผู้รับเหมา เป็นต้น³⁴ ดังนั้น สำหรับการทำธุรกิจระหว่างประเทศแล้ว การออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร จึงเป็นไปเพื่อสร้างความน่าเชื่อถือและความมั่นใจให้กับคู่สัญญาแต่ละฝ่ายว่า หากมีความเสียหายใด ๆ เกิดขึ้นจาก

³² ศาสตราจารย์ (พิเศษ) หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2502 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วย ประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2502), หน้า 6-7.

³³ ธนาคารกรุงไทย. บริการออกหนังสือค้ำประกันหรือสแตนด์บาย L/C ต่อผู้รับประโยชน์ในต่างประเทศ. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.ktb.co.th/ktb/th/product-detail-sme.aspx?product=zz2WMIbWsdubjYkEQUNXjg%3D%3D&type=s> [10 มิถุนายน 2558].

³⁴ Bank Austria. Better Secured in Domestic and Foreign Business. The Bank Guarantee. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.bankaustria.at/files/Folder_Bankgarantie_Englisch.pdf [7 กันยายน 2559].

การกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง จะสามารถเรียกให้ธนาคารซึ่งอยู่ในฐานะผู้ค้ำประกันและเป็นสถาบันการเงินที่มีความน่าเชื่อถือทางด้านการเงินรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ อีกทั้งหนังสือค้ำประกันของธนาคารยังมีประโยชน์ในแง่ที่สามารถเข้ารับความเสี่ยงต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจทุกฝ่ายมีความกังวล ไม่ว่าจะเป็นความกังวลจากคู่ค้าหรือคู่สัญญารายใหม่ที่ไม่คุ้นเคย หรือตลาดใหม่ในต่างประเทศ การให้บริการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารจึงเป็นการสร้างโอกาสให้กับผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันในการเปิดตลาดใหม่ หรือทำธุรกิจกับคู่ค้ารายใหม่ได้อีกด้วย³⁵

ดังนั้น หนังสือค้ำประกันของธนาคารจึงเป็นหลักฐานหรือเอกสารที่แสดงถึงการเข้าไปผูกพันตนของธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันในการปฏิบัติตามสัญญา หรือข้อผูกพันต่าง ๆ ต่อบุคคลอื่นอีกฝ่ายหนึ่ง³⁶ โดยธนาคารจะต้องรับผิดชอบเมื่อปรากฏว่า ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาและมีความเสียหายเกิดขึ้นตามที่ธนาคารได้ค้ำประกันไว้แล้ว และเมื่อธนาคารได้ชดใช้เงินให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันไปแล้ว ก็ย่อมรับช่วงสิทธิที่จะเรียกเงินจำนวนที่ใช้แทนไปคืนจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ แต่ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันปฏิบัติถูกต้องตามสัญญาที่ธนาคารค้ำประกันทุกประการ ธนาคารก็หมดภาระความรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันนั้น³⁷ หนังสือค้ำประกันจึงมีประโยชน์ต่อคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเจ้าหนี้หรือผู้รับหนังสือค้ำประกัน ฝ่ายลูกหนี้หรือผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน หรือแม้แต่ฝ่ายธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันเองก็ตาม กล่าวคือ สำหรับฝ่ายเจ้าหนี้หรือผู้รับหนังสือค้ำประกันได้รับประโยชน์ในแง่ของความมั่นใจและลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นทำสัญญาทางธุรกิจ ด้วยการที่ธนาคารซึ่งมีความน่าเชื่อถือด้านสถานะการเงินยอมเข้าผูกพันตนว่าหากฝ่ายลูกหนี้หรือผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันไม่ชำระหนี้แล้ว ฝ่ายเจ้าหนี้หรือผู้รับหนังสือค้ำประกันก็สามารถเรียกให้ธนาคารชำระหนี้ดังกล่าวได้ สำหรับฝ่ายลูกหนี้หรือผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ย่อมได้ประโยชน์ในลักษณะของความสะดวกในการเข้าทำสัญญากับฝ่ายเจ้าหนี้หรือผู้รับหนังสือค้ำประกัน นอกจากนี้ ฝ่ายธนาคารเองก็ยังได้รับประโยชน์จากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน โดยธนาคารสามารถเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันให้ไว้แก่ธนาคารอีกชั้นหนึ่งด้วยก็ได้

³⁵ ธนาคารกสิกรไทย. บริการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศและสแตนด์บาย แอล/ซี. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.kasikornbank.com/TH/Corporate/InternationalTrade/GuaranteeSolutions/Pages/InternationalBankGuaranteeStandbyLC.aspx> [10 มิถุนายน 2558].

³⁶ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย, สินเชื่อเพื่อการค้ำประกันในต่างประเทศ.

³⁷ ศาสตราจารย์วารี หะวานนท์, การบัญชีธนาคารการปฏิบัติงานธนาคารพาณิชย์, หน้า 355.

2.3.3 ลักษณะและสาระสำคัญของข้อตกลงในหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์

โดยทั่วไป ลักษณะของข้อตกลงในหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคาร จะมีการกำหนดข้อความที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการออกหนังสือค้ำประกันแต่ละชนิด หรือในกรณีธนาคารออกหนังสือค้ำประกันตามแบบฟอร์มที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันนำมายื่นไว้ขณะที่ยื่นคำขอออกหนังสือค้ำประกัน ก็จะมีการกำหนดข้อความบางอย่างไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้หนังสือค้ำประกันมีลักษณะเป็นเสมือนเอกสารหลักฐานแสดงความผูกพันระหว่างธนาคารกับผู้รับหนังสือค้ำประกัน อย่างไรก็ตาม แม้หนังสือค้ำประกันจะมีข้อความแตกต่างกัน แต่โดยหลักจะมีการระบุรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

1) ชื่อสัญญา โดยในหนังสือค้ำประกันจะระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นการออกหนังสือค้ำประกันเพื่อวัตถุประสงค์ใด เช่น หนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา หนังสือค้ำประกันการรับเงินล่วงหน้า หนังสือค้ำประกันผลงาน เป็นต้น

2) ชื่อของคู่สัญญา โดยจะบ่งชี้ชื่อของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนังสือค้ำประกันทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นลูกค้ำของธนาคารซึ่งเป็นผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ผู้รับหนังสือค้ำประกัน รวมถึงธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันด้วย เพื่อจะได้ทราบว่าคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องซึ่งมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันนั้นเป็นใคร

3) วัน เดือน ปี ที่ออกหนังสือค้ำประกัน

4) มุลหนี้ตามสัญญาประธาน กล่าวคือ ในหนังสือค้ำประกันจะมีการระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้ ลักษณะของมูลหนี้หรือสัญญาที่ธนาคารจะต้องเข้าค้ำประกัน ตลอดจนระยะเวลาในการก่อหนี้ และจำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน โดยมีข้อความว่า “ตามที่..... (ซึ่งต่อไปในหนังสือค้ำประกันฉบับนี้จะเรียกว่า “ลูกค้ำ”) ได้ทำสัญญา.....ฉบับเลขที่.....ลงวันที่.....หรือสัญญาโครงการ.....(ซึ่งต่อไปในหนังสือค้ำประกันฉบับนี้จะเรียกว่า “สัญญา”) กับ..... (ซึ่งต่อไปในหนังสือค้ำประกันฉบับนี้จะเรียกว่า “ผู้รับหนังสือค้ำประกัน”) โดยมีวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้และลักษณะมูลหนี้เพื่อการปฏิบัติตามข้อผูกพันที่ระบุในสัญญา และมีระยะเวลาก่อหนี้ตามระยะเวลาที่ระบุไว้ในสัญญา (ซึ่งต่อไปในหนังสือค้ำประกันฉบับนี้จะเรียกว่า “ระยะเวลาก่อหนี้”) ซึ่งลูกค้ำจะต้องวางหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาไว้ต่อผู้รับหนังสือค้ำประกันเป็นจำนวนเงิน..... (.....) นั้น”³⁸ อย่างไรก็ตาม บางกรณีก็

³⁸ In accordance with the provision of ...dated.../contract for project... (hereinafter referred to as “the Contract”), for the purpose of creating the underlying obligation and the type of the underlying obligation in accordance with the terms and conditions of the Contract with the availability period as specified in the Contract (hereinafter referred to as “the Availability Period”), the contents of which have been noted that...(hereinafter

มีการออกหนังสือค้ำประกันโดยมิได้มีการกล่าวอ้างถึงมูลหนี้ตามสัญญาที่จะต้องค้ำประกันเลยหรือกล่าวอ้างไว้เพียงสั้น ๆ ว่าเป็นการค้ำประกันสัญญาใด แต่ก็ได้กล่าวถึงรายละเอียดของสัญญาดังกล่าว³⁹

5) ความรับผิดชอบของธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกัน โดยมักจะมีข้อความว่า “ข้าพเจ้า บริษัทธนาคาร.....จำกัด (มหาชน) ยอมผูกพันตนค้ำประกันยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมในการชำระเงินให้ตามสิทธิเรียกร้องของผู้รับหนังสือค้ำประกัน”⁴⁰ หรือ “ข้าพเจ้ายอมผูกพันตนโดยไม่มีเงื่อนไขที่จะค้ำประกันชนิดเพิกถอนไม่ได้ในการชำระเงินตามสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันโดยข้าพเจ้าจะไม่อ้างสิทธิใด ๆ เพื่อโต้แย้ง”⁴¹ นอกจากนี้ยังมีการกำหนดว่าธนาคารจะต้องผูกพันรับผิดชอบค้ำประกัน แม้ว่าผู้รับหนังสือค้ำประกันจะได้ขยายระยะเวลาให้แก่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันหรือยินยอมให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันปฏิบัติแตกต่างไปจากเงื่อนไขในสัญญาอีกด้วย ซึ่งมักจะมีข้อความว่า “หากผู้รับหนังสือค้ำประกันจะได้ขยายระยะเวลาให้แก่ลูกค้ำ หรือยินยอมให้ลูกค้ำปฏิบัติผิดแผกแตกต่างไปจากเงื่อนไขใด ๆ ในสัญญา ให้ถือว่าข้าพเจ้ายินยอมในกรณีนั้น ๆ ด้วย”⁴²

6) เงื่อนไขในการเรียกให้ธนาคารรับผิดชอบในฐานะผู้ค้ำประกัน ซึ่งโดยทั่วไปในหนังสือค้ำประกันจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับหนังสือค้ำประกันจะต้องปฏิบัติก่อนที่จะมาเรียกให้ธนาคารรับผิดชอบค้ำประกัน เช่น “ผู้รับหนังสือค้ำประกันต้องแจ้งธนาคารเป็นลายลักษณ์อักษรระบุว่าลูกค้ำปฏิบัติผิดเงื่อนไขของสัญญาทำให้ผู้รับหนังสือค้ำประกันได้รับความเสียหาย พร้อมทั้งระบุเหตุแห่งการผิดสัญญา วันเริ่มต้นของการผิดสัญญา จำนวนเงินที่ใช้สิทธิเรียกร้องต่อธนาคาร”⁴³ หรือระบุข้อความว่า “ในกรณีที่ข้าพเจ้าจะต้องรับผิดชอบค้ำประกันฉบับนี้ ผู้รับประโยชน์จะต้องยื่นคำเรียกร้องเป็นหนังสือภายใน.....วัน นับแต่วันที่ผู้ให้สัญญาไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาประธาน” แต่ในบาง

referred to as “the Company”) has to deposit with you, ..., a performance security for proper and faithful performance of the Contract in the amount of ...(...)

³⁹ โปรดดูภาคผนวก ข

⁴⁰ we, ... Public Company Limited, hereby undertake to pay you as the primary obligor up to the above amount

⁴¹ We hereby irrevocably and unconditionally undertake to pay to you without any contestation...

⁴² We further agree that no extension of time, change in, addition to or other modification of the terms of the Contract or any act to be performed thereunder, or of the specifications which may be made between you and the Company shall in any way release us from any liability hereunder, and we shall thereby waive notice of any such extension of time, change, addition or modification.

⁴³ we, hereby undertake to pay you as the primary obligor up to the above amount, upon receipt of your first written demand stating that the Company has failed to fulfill its obligation expressed in the Contract resulting in the damage to you, the obligation which has not been fulfilled, the date which the Company has failed to fulfill its obligation, and the claimed amount.

กรณีจะระบุไว้เป็นเงื่อนไขสั้น ๆ ว่า “ข้าพเจ้ายินยอมใช้เงินตามจำนวนที่ระบุไว้ในหนังสือค้ำประกันทันทีที่ได้รับแจ้งจากผู้รับหนังสือค้ำประกันเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามีการผิดสัญญาเกิดขึ้น”⁴⁴

7) จำนวนวงเงินที่ค้ำประกัน ซึ่งจะระบุเป็นตัวเลขและตัวอักษร โดยมีระบุให้จำนวนเงินดังกล่าวครอบคลุมถึงความเสียหาย หรือค่าปรับ หรือค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เกิดจากการที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมิได้ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญา ทั้งนี้ บางกรณีจะมีการกำหนดให้จำนวนเงินที่ธนาคารจะต้องรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันลดลงทุกครั้งที่ได้มีการจ่ายเงินตามที่ได้รับหนังสือค้ำประกันเรียกหรืออีกด้วย⁴⁵

8) เงื่อนไขการหมดภาระผูกพันตามหนังสือค้ำประกัน สามารถแยกได้เป็น 2 กรณี⁴⁶ คือกรณีที่กำหนดระยะเวลาการหมดภาระผูกพันไว้โดยชัดแจ้ง โดยกำหนดวันเริ่มต้นและวันสิ้นสุดของหนังสือค้ำประกันเป็นวันที่ตามปฏิทิน เช่น “ธนาคารตกลงผูกพันตนค้ำประกันตามหนังสือค้ำประกันฉบับนี้ในหนี้หรือความเสียหายที่ลูกค้ำก่อให้เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนนี้ โดยมีระยะเวลาค้ำประกัน ตั้งแต่.....จนถึง.....”⁴⁷ และกรณีที่มิได้กำหนดระยะเวลาการหมดภาระผูกพันไว้โดยชัดแจ้ง แต่กำหนดว่าหากมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้นจะทำให้ธนาคารหมดภาระผูกพันตามหนังสือค้ำประกันนั้น เช่น “ธนาคารตกลงผูกพันตนค้ำประกันตามหนังสือค้ำประกันฉบับนี้ในหนี้หรือความเสียหายที่ลูกค้ำก่อให้เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนนี้ โดยมีระยะเวลาค้ำประกัน ตั้งแต่.....จนถึงวันที่ธนาคารได้รับแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้รับหนังสือค้ำประกันว่าธนาคารหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้หนังสือค้ำประกันนี้แล้ว”⁴⁸

9) กฎหมายที่ใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกัน โดยทั่วไปมักจะกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศของผู้ออกหนังสือค้ำประกัน⁴⁹ แต่ในการออกหนังสือค้ำประกันสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศนั้น มักจะมีการระบุให้นำข้อกำหนดหรือระเบียบประเพณีของสภาหอการค้านานาชาติ

⁴⁴ The amount of this Guarantee shall be paid to you upon your first written demand certifying that the Supplier has failed to fulfill its obligations under the Contract.

⁴⁵ Our guarantee will be reduced by each payment made by us as a result of a claim.

⁴⁶ ธนาคารกสิกรไทย. คู่มือการกรอกแบบฟอร์ม "คำขอให้ธนาคารออก / ต่ออายุ / แก้ไข หนังสือค้ำประกัน" (V.2 03/2559). [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.kasikornbank.com/TH/ApplyForServices/Documents/ForCustomer_Modify_032016.pdf [7 กันยายน 2559].

⁴⁷ This guarantee shall be valid for any debts or damages incurred by the Company during the Availability Period with the guaranteed period from...until

⁴⁸ This guarantee shall be valid for any debts or damages incurred by the Company during the Availability Period with the guaranteed period from...until we receive your written notification to release us from entire liability hereunder.

⁴⁹ This guarantee shall be governed and construed in accordance with the laws of Thailand.

เกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันมาใช้บังคับ⁵⁰ ซึ่งปัจจุบันได้แก่ Uniform Rules for Demand Guarantees (ICC Publication No. 758) หรือบางกรณีก็มีข้อจำกัดทางกฎหมายของประเทศผู้รับหนังสือค้ำประกัน กำหนดให้ผู้รับหนังสือค้ำประกันรับหลักประกันประเภทหนังสือค้ำประกันเฉพาะที่ออกตามกฎหมายภายในของประเทศตนเท่านั้น

10) ลายมือชื่อธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกัน โดยทั่วไปจะมีกรรมการหรือหุ้นส่วนผู้มีอำนาจจัดการเป็นผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อแทนธนาคารนั้น และต้องมีการประทับตราของธนาคาร จึงจะมีผลผูกพันตามกฎหมาย

11) พยานในการทำสัญญา ซึ่งในทางปฏิบัติจะให้พยานลงนามในสัญญาเพียง 2 คน

2.3.4 ประเภทของหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

นอกจากหนังสือค้ำประกันของธนาคารได้ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศของคู่สัญญาแล้ว ก็ยังถูกนำไปใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือสนับสนุนในการประกอบธุรกิจให้แก่คู่สัญญาอีกด้วย กล่าวคือ เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ออกหนังสือค้ำประกันสามารถเข้าทำสัญญากับคู่สัญญารายใหม่ ๆ ได้ หนังสือค้ำประกันจึงเป็นเครื่องมือทางการเงินที่มีความสำคัญของธนาคาร ซึ่งสามารถแบ่งประเภทของหนังสือค้ำประกันโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ได้ ดังต่อไปนี้

2.3.4.1 แบ่งตามลักษณะทางกฎหมายของหนังสือค้ำประกัน

เนื่องจากหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประกันการชำระหนี้ตามมูลหนี้ที่มีอยู่ระหว่างผู้ออกหนังสือค้ำประกันและผู้รับหนังสือค้ำประกัน ซึ่งมีลักษณะทางกฎหมายเป็นเหมือนสัญญาประจักษ์ หนังสือค้ำประกันจึงมีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ ดังนั้น หากแบ่งประเภทของหนังสือค้ำประกันตามลักษณะทางกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่า หนังสือค้ำประกันมี 2 ประเภท คือ

1) หนังสือค้ำประกันที่มีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ (Accessory Guarantee)⁵¹ กล่าวคือ ความสมบูรณ์ของหนังสือค้ำประกันประเภทนี้ นอกจากจะขึ้นอยู่กับปฏิบัติตามหลักกฎหมายใน

⁵⁰ This guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) 2010 Revision, ICC Publication No.758

⁵¹ ประทีป ฟ้ากระจ่าง, หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Bank Guarantee) ศึกษาหลักกฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติ, หน้า 11.

เรื่องนิติกรรมสัญญาและหลักกฎหมายค้ำประกันแล้ว ยังขึ้นอยู่กับสัญญาประธานที่ธนาคารเข้าค้ำประกันอีกด้วย หากสัญญาประธานดังกล่าวไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายแล้ว หนังสือค้ำประกันที่ออกเพื่อประกันการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวก็ย่อมไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายด้วย ดังนั้นธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันจึงสามารถยกข้อต่อสู้ของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันขึ้น เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบค้ำประกันได้

2) หนังสือค้ำประกันที่มีได้มีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ (Non-Accessory Guarantee) กล่าวคือ เป็นหนังสือค้ำประกันที่มีลักษณะเป็นอิสระและเป็นเอกเทศแตกต่างหากจากสัญญาประธานที่เข้าค้ำประกัน โดยมีพื้นฐานอยู่บนหลัก Pay first – Argue later⁵² ทำให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบใช้เงินให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันทันทีที่ผู้รับหนังสือค้ำประกันได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในหนังสือค้ำประกันแล้ว โดยธนาคารสามารถไล่เบี้ยเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ในภายหลัง

2.3.4.2 แบ่งตามจำนวนฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกัน

เมื่อแบ่งประเภทของหนังสือค้ำประกันตามจำนวนฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกันสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) หนังสือค้ำประกันที่มีจำนวนของฝ่ายที่เกี่ยวข้อง 3 ฝ่าย (Direct Guarantee)⁵³ คือ ฝ่ายผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันซึ่งอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาประธาน ฝ่ายธนาคารซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้ค้ำประกัน และฝ่ายผู้รับหนังสือค้ำประกันซึ่งอยู่ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศ โดยธนาคารจะออกหนังสือค้ำประกันตามคำขอของลูกหนี้และยื่นให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศโดยตรง ทำให้หนังสือค้ำประกันประเภทนี้มีการคิดค่าธรรมเนียมการออกที่ไม่สูงมาก⁵⁴

2) หนังสือค้ำประกันที่มีจำนวนของฝ่ายที่เกี่ยวข้อง 4 ฝ่าย (Indirect Guarantee) โดยมีสาขาของธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันซึ่งตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือธนาคารอื่น ๆ ที่มีไซสาขาของธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันเพิ่มเข้ามาเกี่ยวข้องในการออกหนังสือค้ำประกันอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งโดยปกติแล้วหนังสือค้ำประกันประเภทนี้จะออกในกรณีที่มีการกำหนดเงื่อนไขจากผู้รับหนังสือค้ำประกันว่าหนังสือค้ำประกันดังกล่าวจะต้องออกโดยธนาคารท้องถิ่นในประเทศตนเท่านั้น หรือในกรณีที่กฎหมายภายในของบางประเทศอนุญาตให้รับเฉพาะหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารท้องถิ่น

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

⁵³ SEB Bank, Bank Guarantees

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

เท่านั้น⁵⁵ หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่าหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารท้องถิ่นมีความปลอดภัยมากกว่าเท่านั้น⁵⁶

2.3.4.3 แบ่งตามความรับผิดชอบในการจ่ายเงินตามหนังสือค้ำประกัน

เมื่อแบ่งประเภทของหนังสือค้ำประกันตามความรับผิดชอบในการจ่ายเงินตามหนังสือค้ำประกันสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) Default Guarantee เป็นหนังสือค้ำประกันที่มีเงื่อนไขการจ่ายเงินเมื่อมีการยอมรับหรือพิสูจน์ว่าได้มีการปฏิบัติผิดสัญญาเกิดขึ้นจริง⁵⁷ โดยเงื่อนไขการจ่ายเงินตามหนังสือค้ำประกันประเภทนี้มี 2 ลักษณะ คือ หนังสือค้ำประกันที่เงื่อนไขการจ่ายเงินขึ้นอยู่กับข้อกำหนดในสัญญาประธาน (Dependent Guarantee) และหนังสือค้ำประกันที่เงื่อนไขการจ่ายเงินแยกเป็นเอกเทศต่างหากจากข้อกำหนดในสัญญาประธาน (Independent Guarantee)

2) First Demand Guarantee เป็นหนังสือค้ำประกันที่มีลักษณะเป็นเอกเทศและมีความสมบูรณ์ในตนเอง มิได้ขึ้นอยู่กับสัญญาประธาน ดังนั้นเมื่อผู้รับหนังสือค้ำประกันได้ยื่นเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษรต่อธนาคารตามที่กำหนดไว้ในหนังสือค้ำประกันแล้ว ธนาคารจะต้องจ่ายเงินให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีการผิดสัญญาประธานเกิดขึ้น⁵⁸ หนังสือค้ำประกันประเภทนี้จึงเอื้อประโยชน์ต่อผู้รับหนังสือค้ำประกันเป็นอย่างมาก จึงได้รับความนิยมใช้เป็นหลักประกันในสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง⁵⁹

2.3.4.4 แบ่งตามวัตถุประสงค์ในการออกหนังสือค้ำประกัน

เมื่อแบ่งประเภทของหนังสือค้ำประกันตามวัตถุประสงค์ในการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารสามารถแบ่งได้ดังนี้

⁵⁵ Bank Austria, Better Secured in Domestic and Foreign Business. The Bank Guarantee, หน้า 2.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

⁵⁷ รุ่งสรอายุ เทศสวัสดิ์, หลักประกันการชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบผลทางกฎหมายระหว่างกฎหมาย Ucp 500, Isp 98 และ Urdg 458, หน้า 23.

⁵⁸ Ian F.G. Baxter, *International Banking and Finance*, (Toronto: Carswell, 1989), หน้า 48.

⁵⁹ รุ่งสรอายุ เทศสวัสดิ์, หลักประกันการชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบผลทางกฎหมายระหว่างกฎหมาย Ucp 500, Isp 98 และ Urdg 458, หน้า 23.

1) หนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา (Performance Guarantee) เป็นหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อค้ำประกันการปฏิบัติงานตามสัญญาประธานที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมีต่อผู้รับหนังสือค้ำประกัน หรืออาจเป็นการค้ำประกันการปฏิบัติตามภาระผูกพันหรือหนี้ตามสัญญาที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้ หนังสือค้ำประกันดังกล่าวมักจะมีมูลค่าเป็นร้อยละของมูลค่าของสัญญา⁶⁰ เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าที่มีมูลค่าสูงหรือสัญญาว่าจ้างก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ระหว่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายผู้ซื้อหรือผู้ว่าจ้างอาจเรียกร้องให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้างต้องนำหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาที่มีวงเงินค้ำประกันในสัดส่วนร้อยละ 5-10 ของวงเงินตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาว่าจ้างก่อสร้างทั้งหมดมาวางไว้เป็นหลักประกัน เป็นต้น⁶¹

2) หนังสือค้ำประกันการยื่นซองประกวดราคา (Bid or Tender Guarantee) เป็นหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อค้ำประกันผู้เข้าประกวดราคาในการจัดซื้อสิ่งของ การก่อสร้าง การขนส่งสินค้า เป็นต้น แทนการวางมัดจำเป็นเงินสด โดยลักษณะของหนังสือค้ำประกันประเภทนี้จะให้การรับรองว่าจะมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกวดราคา กล่าวคือ เมื่อการประกวดราคาเสร็จสิ้นลงผู้ที่ชนะการประกวดราคาก็จะเข้าทำสัญญากับผู้ซื้อหรือผู้จ้างเหมาต่อไป ส่วนผู้ที่มีใ้ชนะในการประกวดราคา ก็สามารถถอนหนังสือค้ำประกันการยื่นซองประกวดราคากลับคืนไปได้ ทั้งนี้ หนังสือค้ำประกันดังกล่าวมักจะมีมูลค่าเป็นร้อยละของมูลค่าโครงการประกวดราคา⁶²

3) หนังสือค้ำประกันการรับเงินล่วงหน้า (Advance Payment Guarantee) เป็นหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อค้ำประกันการรับเงินล่วงหน้าตามสัญญาระหว่างผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันกับผู้รับหนังสือค้ำประกัน ซึ่งจะพบได้ในกรณีที่สัญญาประธานมีระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป โดยเฉพาะในสัญญารับเหมาก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ เมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้ว อาจมีการทำสัญญาย่อยอีกฉบับหนึ่งเพื่อให้สิทธิผู้รับจ้างในการเบิกหรือขอรับเงินค่าก่อสร้างล่วงหน้าเพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการจัดซื้อวัสดุคิบเพื่อดำเนินงานได้ โดยเรียกสัญญาย่อยนี้ว่าสัญญารับเงินค่าก่อสร้างล่วงหน้า⁶³ ผู้ว่าจ้างจึงกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องนำหนังสือค้ำประกันการรับเงินล่วงหน้าของธนาคารมาวางไว้เป็นหลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญาย่อยดังกล่าว ทั้งนี้ สำหรับมูลค่าของหนังสือค้ำประกันการรับเงินล่วงหน้ามักจะมีมูลค่าเป็นร้อยละ 10-20 ของวงเงินตามสัญญาประธาน

⁶⁰ Baxter, International Banking and Finance, หน้า 49.

⁶¹ รุ่งสรอายุ เทศสวัสดิ์, หลักประกันการชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบผลทางกฎหมายระหว่างกฎหมาย Ucp 500, lsp 98 และ Urdg 458, หน้า 15.

⁶² Baxter, International Banking and Finance, หน้า 48.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

ทั้งหมด แต่สำหรับโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่อาจมีมูลค่าถึง 1 ใน 3 ของวงเงินค่าก่อสร้างในโครงการทั้งหมดโดยอาจแบ่งจ่ายเป็นงวด ๆ ก็ได้⁶⁴

4) หนังสือค้ำประกันการชำรุดบกพร่อง (Maintenance Guarantee) เป็นหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อค้ำประกันการชำรุดบกพร่องในกรณีที่สัญญาประธานเป็นสัญญารับเหมาก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ที่มีความสลับซับซ้อนในเชิงวิศวกรรมหรือต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง เพราะสัญญาประธานดังกล่าว อาจมีความชำรุดบกพร่องที่เกิดจากการรับเหมาก่อสร้างที่ยังไม่ปรากฏให้เห็นก่อนหรือขณะตรวจรับงาน แต่เพิ่งมาตรวจพบภายหลังและก่อให้เกิดความเสียหาย เพื่อเป็นการป้องกันความเสี่ยงหรือบรรเทาความเสียหายดังกล่าว ผู้ว่าจ้างจึงกำหนดให้ผู้รับจ้างต้องนำหนังสือค้ำประกันการชำรุดบกพร่องที่ออกโดยธนาคารมามอบให้ไว้เป็นหลักประกันได้ ทั้งนี้ สำหรับมูลค่าของหนังสือค้ำประกันการชำรุดบกพร่องมักจะมีมูลค่าเป็นร้อยละ 5-10 ของวงเงินตามสัญญาประธาน⁶⁵

5) หนังสือค้ำประกันการออกของ (Shipping Guarantee) เป็นหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกให้แก่บริษัทเรือผู้ขนส่งสินค้าเพื่อรับรองว่า ในกรณีที่สินค้ามาถึงก่อนที่ผู้ส่งสินค้าจะได้รับใบตราส่งหรือเอกสารการออกของ แต่ผู้ส่งสินค้าประสงค์จะรับมอบสินค้าไปก่อน และหากบริษัทเรือได้มอบสินค้าตามที่ระบุไว้ในหนังสือค้ำประกันให้ไปแล้ว ธนาคารจะรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายทั้งปวงให้แก่บริษัทเรือ และเมื่อธนาคารได้รับใบตราส่งก็จะนำมามอบให้บริษัทเรือเพื่อแลกกับหนังสือค้ำประกันการออกของคืน ซึ่งโดยปกติธนาคารจะออกหนังสือค้ำประกันประเภทนี้ให้เฉพาะกับลูกค้าของธนาคารที่ไว้ใจได้เท่านั้น⁶⁶

6) หนังสือค้ำประกันร่วม (Counter Guarantee) เป็นหนังสือค้ำประกันที่ออกเพื่อเป็นหลักประกันทางสินเชื่อต่อธนาคารหรือสถาบันการเงินด้วยตนเอง⁶⁷ ไม่ว่าจะเป็นการค้ำประกันการออกหนังสือค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา หนังสือค้ำประกันการยื่นซองประกวดราคา หนังสือค้ำประกันการชำระหนี้ล่วงหน้า หรือหนังสือค้ำประกันผลงาน เป็นต้น

⁶⁴ รุ่งสรอายุ เทศสวัสดิ์, หลักประกันการชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบผลทางกฎหมายระหว่างกฎหมาย Ucp 500, lsp 98 และ Urdg 458, หน้า 15-16.

⁶⁵ ผศ.ดร.สันติ เจริญพรพัฒนา. หลักประกันประเภทต่าง ๆ ในงานก่อสร้าง. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://cve414.files.wordpress.com/2015/04/cve414-bonding.pdf> [7 กันยายน 2559].

⁶⁶ วนิตา วงศ์ภินันท์วัฒนา, การบริหารงานด้านหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์

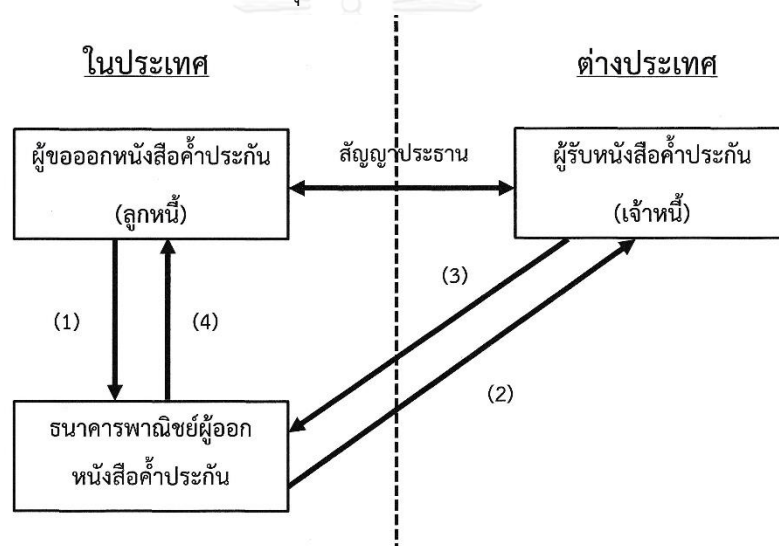
⁶⁷ บริษัท แกรนด์ พร็อพเพอร์ตี้ แมนเนจเม้นท์ จำกัด. หนังสือค้ำประกัน. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.thelandandhouse.com/smelan/LG.php> [10 มิถุนายน 2558].

2.3.5 นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์

เนื่องจากการออกหนังสือค้ำประกันสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศนั้น มีบุคคลที่เกี่ยวข้องมีหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันซึ่งเป็นลูกหนี้ ฝ่ายผู้รับหนังสือค้ำประกันซึ่งเป็นเจ้าหนี้ รวมถึงธนาคารที่เป็นผู้ออกหนังสือค้ำประกันทั้งที่อยู่ในประเทศและต่างประเทศ ผู้เขียนจึงขอแยกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาจากจำนวนฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1) นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 3 ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกัน

รูปที่ 2 แสดงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 3 ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกัน



แหล่งที่มา : ธนาคาร Skandinaviska Enskilda Banken⁶⁸

การออกหนังสือค้ำประกันโดยมีบุคคลที่เกี่ยวข้อง 3 ฝ่าย เริ่มต้นจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเข้าทำสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศกับผู้รับหนังสือค้ำประกัน เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ย่อมทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญานั้น เช่น ในสัญญากู้ยืมเงิน ผู้กู้มีหน้าที่จะส่งมอบเงินคืนให้แก่ผู้ให้กู้ อย่างไรก็ตาม หากสัญญากู้ยืมเงินนั้นมีมูลค่ามาก ผู้ให้กู้ย่อมมีความกังวลใจว่าผู้กู้จะไม่สามารถปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาได้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ผู้ให้กู้อาจกำหนดเงื่อนไขให้ผู้กู้จะต้องนำหนังสือค้ำประกันของธนาคารมาวางไว้เป็น

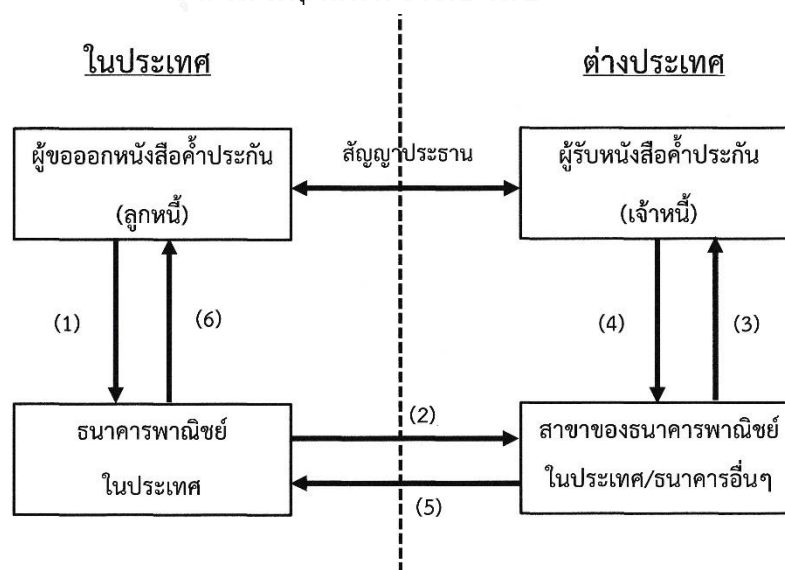
⁶⁸ SEB Bank, Bank Guarantees, หน้า 4.

หลักประกันตามสัญญา ดังนั้น ลูกหนี้ตามสัญญากู้ยืม ก็จะต้องยื่นคำขอออกหนังสือค้ำประกันต่อธนาคารที่ตนมีวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศ ซึ่งคำขอออกหนังสือค้ำประกันนี้มีลักษณะเป็นคำเสนอ และหนังสืออนุมัติการออกหนังสือค้ำประกันเป็นคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน ย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันกับธนาคารตาม “สัญญาขอออกหนังสือค้ำประกัน” โดยผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมีสถานะเป็นลูกหนี้ และธนาคารมีสถานะเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญาขอออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (1) (ดังรูปที่ 1)

สำหรับธนาคาร เมื่อได้แสดงเจตนายินยอมออกหนังสือค้ำประกันตามคำขอแล้ว ย่อมมีหน้าที่จะต้องแจ้งการออกหนังสือค้ำประกันไปยังผู้ให้กู้ซึ่งเป็นผู้รับหนังสือค้ำประกันโดยตรง ในกรณีนี้ย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันกับผู้รับหนังสือค้ำประกันตาม “หนังสือค้ำประกัน” โดยธนาคารมีสถานะเป็นผู้ค้ำประกัน และผู้รับหนังสือค้ำประกันมีสถานะเป็นเจ้าหนี้ผู้รับประโยชน์ตามหนังสือค้ำประกัน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (2) (ดังรูปที่ 1) ทั้งนี้ ผู้ให้กู้ก็ต้องแจ้งความประสงค์ในการถือเอาประโยชน์ตามเงื่อนไขของหนังสือค้ำประกันต่อธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันโดยตรง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (3) (ดังรูปที่ 1) และเมื่อธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันได้รับการแจ้งจากผู้ให้กู้แล้ว ธนาคารก็มีหน้าที่ต้องแจ้งการเข้าถือประโยชน์ตามเงื่อนไขในหนังสือค้ำประกันดังกล่าวต่อผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันด้วย ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (4) (ดังรูปที่ 1)

2) นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 4 ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกัน

รูปที่ 3 แสดงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 4 ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกัน



แหล่งที่มา : ธนาคาร Skandinaviska Enskilda Banken⁶⁹

การออกหนังสือค้ำประกันโดยมีบุคคลที่เกี่ยวข้อง 4 ฝ่าย เริ่มต้นจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเข้าทำสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศกับผู้รับหนังสือค้ำประกัน ไม่ว่าจะเป็สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างทำของ สัญญากู้เงิน หรือสัญญาเช่าทรัพย์สิน แต่เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อมทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างกัน เช่น ในกรณีสัญญารับเหมาก่อสร้างอาคาร ทั้งผู้รับจ้างและผู้ว่าจ้างต่างก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา แต่อย่างไรก็ดี ผู้ว่าจ้างย่อมมีความกังวลว่าผู้รับจ้างอาจจะไม่สามารถก่อสร้างอาคารได้แล้วเสร็จตามกำหนด หรืออาคารที่ก่อสร้างมิได้เป็นไปตามแบบแปลนที่ตกลงไว้ หรือมีความชำรุดเกิดขึ้นกับอาคารนั้น เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ผู้ว่าจ้างจึงอาจกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับจ้างต้องนำหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่ผู้ว่าจ้างมีความเชื่อถือมาวางไว้เป็นหลักประกัน ซึ่งอาจเป็นธนาคารในประเทศของผู้รับจ้าง หรือธนาคารในประเทศของผู้ว่าจ้างก็ได้

ผู้รับจ้างจึงต้องจัดหาหนังสือค้ำประกันของธนาคารมาไว้เป็นหลักประกันให้กับผู้ว่าจ้าง โดยผู้รับจ้างจะต้องยื่นคำขอออกหนังสือค้ำประกันต่อธนาคารที่ตนมีวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศ จึงทำให้คำขอออกหนังสือค้ำประกันมีลักษณะเป็นคำเสนอ และหนังสืออนุมัติการออกหนังสือค้ำประกันเป็นคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน ย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันกับธนาคารตาม “สัญญาขอออกหนังสือค้ำประกัน” โดยผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมีสถานะเป็นลูกหนี้ และธนาคารมีสถานะเป็นเจ้าหนี้ตามสัญญาขอออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (1) (ดังรูปที่ 2)

เมื่อธนาคารได้ยินยอมออกหนังสือค้ำประกันตามคำขอแล้ว ธนาคารย่อมมีหน้าที่ออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้ว่าจ้าง โดยแจ้งการออกหนังสือค้ำประกันดังกล่าวผ่านทางธนาคารสาขาซึ่งตั้งอยู่ในประเทศเดียวกันกับผู้ว่าจ้าง ในกรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันกับธนาคารสาขายอมเป็นไปตามลักษณะของสัญญาตัวการตัวแทน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (2) (ดังรูป) หรือในกรณีที่ผู้ว่าจ้างกำหนดให้หนังสือค้ำประกันที่จะนำมาเป็นหลักประกันนั้น จะต้องออกโดยธนาคารของประเทศผู้ว่าจ้างเท่านั้น และผู้รับจ้างก็มิได้มีวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันในธนาคารดังกล่าว ธนาคารที่ได้รับคำขอออกหนังสือค้ำประกันจะต้องออกหนังสือค้ำประกันร่วมให้แก่ธนาคารดังกล่าว เพื่อดำเนินการออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้ว่าจ้างอีกทอดหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้นิติสัมพันธ์ระหว่างธนาคารทั้งสองยอมเป็นไปตาม “สัญญาค้ำประกันร่วม” ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (2) (ดังรูปที่ 2)

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

ภายหลังจากที่ธนาคารสาขาได้ยินยอมทำหน้าที่แจ้งการออกหนังสือค้ำประกัน หรือธนาคารในประเทศผู้ว่าจ้างได้ยินยอมทำหน้าที่แจ้งและออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้ว่าจ้างแล้ว กรณียอมผูกพันให้ธนาคารสาขาและธนาคารประเทศผู้ว่าจ้างจะต้องกระทำตามสัญญาดังกล่าว โดยการแจ้งและ/หรือออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้รับประโยชน์ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (3) (ดังรูปที่ 2)

สำหรับผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นผู้รับหนังสือค้ำประกัน เมื่อได้รับแจ้งและได้รับมอบหนังสือค้ำประกันจากธนาคารแล้ว หากยินยอมเข้าถือประโยชน์ตามเงื่อนไขในหนังสือค้ำประกัน ผู้ว่าจ้างก็ต้องแจ้งความประสงค์ที่จะเข้าถือเอาประโยชน์ตามเงื่อนไขของหนังสือค้ำประกันดังกล่าวกลับมายังธนาคารสาขาหรือธนาคารในประเทศผู้ว่าจ้างด้วย ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (4) (ดังรูปที่ 2) และธนาคารสาขาหรือธนาคารในประเทศผู้ว่าจ้าง ก็มีหน้าที่ต้องแจ้งการเข้าถือประโยชน์ตามเงื่อนไขในหนังสือค้ำประกันของผู้ว่าจ้างต่อธนาคาร ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (5) (ดังรูปที่ 2) ด้วย ในขณะที่ธนาคารผู้รับค้ำขอออกหนังสือค้ำประกัน เมื่อได้รับแจ้งจากธนาคารสาขาหรือธนาคารในประเทศผู้ว่าจ้างแล้ว ก็จะต้องแจ้งการเข้าถือประโยชน์ตามเงื่อนไขในหนังสือค้ำประกันของผู้ว่าจ้างต่อผู้รับจ้างซึ่งเป็นผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันด้วย ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตาม (6) (ดังรูปที่ 2)

2.3.6 แนวปฏิบัติของธนาคารพาณิชย์ในการออกหนังสือค้ำประกันเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

เนื่องจากการออกหนังสือค้ำประกันสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศของธนาคารเป็นธุรกรรมประเภทหนึ่งที่สามารถสร้างรายได้ให้แก่ธนาคาร ธนาคารจึงได้มีการวางแนวปฏิบัติสำหรับการออกหนังสือค้ำประกันไว้ ไม่ว่าจะเป็นวิธีการออกหนังสือค้ำประกัน อัตราค่าธรรมเนียมการออกหนังสือค้ำประกัน ตลอดจนการหมดภาระการค้ำประกันของธนาคาร

2.3.6.1 วิธีการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์

สำหรับบุคคลที่ต้องการขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน จะต้องกรอกแบบฟอร์มคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน โดยระบุรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อที่อยู่ ลักษณะธุรกิจของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน จำนวนเงินที่ต้องการให้ธนาคารค้ำประกัน วัตถุประสงค์ของการค้ำประกัน ระยะเวลาในการค้ำประกัน หลักประกันในการออกหนังสือค้ำประกัน ตลอดจนแนบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน เช่น หนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคล หนังสือบริคณห์

สนธิและข้อบังคับ งบการเงินของกิจการ และใบแสดงรายการเดินบัญชีจากสถาบันการเงิน เป็นต้น⁷⁰ และในกรณีที่เป็นการขอให้ธนาคารค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญา ก็จะต้องแนบสำเนาสัญญาและเอกสารที่เกี่ยวข้องมาด้วย เพื่อให้ธนาคารจะได้พิจารณาสัญญาและทราบถึงความรับผิดชอบของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันซึ่งเป็นผู้สัญญา และจะได้ตรวจพิจารณาถึงความสามารถในปฏิบัติตามสัญญาของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันอีกทางหนึ่งด้วย⁷¹ อย่างไรก็ตาม สำหรับการออกหนังสือค้ำประกันนั้น ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันจะต้องเป็นลูกค้ำของธนาคาร โดยสามารถแบ่งกลุ่มลูกค้ำธนาคารซึ่งเป็นผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้เป็น 2 กลุ่ม⁷² คือ

1) ลูกค้ำกลุ่มที่มีวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันอยู่แล้ว เช่น ลูกค้ำประเภทธุรกิจรายใหญ่ ซึ่งมักมีการมอบหลักประกันให้ไว้แก่ธนาคารเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ดังนั้นเมื่อลูกค้ำกลุ่มนี้แจ้งความประสงค์และกรอกแบบฟอร์มคำขอออกหนังสือค้ำประกันยื่นต่อธนาคาร ธนาคารก็จะออกหนังสือค้ำประกันให้ทันที

2) ลูกค้ำกลุ่มที่ไม่ได้มีวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นลูกค้ำที่ต้องการหนังสือค้ำประกันที่มีวงเงินค้ำประกันไม่สูงมาก โดยลูกค้ำกลุ่มนี้จะต้องทำหนังสือยื่นขอสินเชื่อประเภทวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือค้ำประกันกับธนาคารเสียก่อน⁷³

เมื่อธนาคารได้รับคำขอออกหนังสือค้ำประกันแล้ว ธนาคารจะพิจารณาคุณสมบัติของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ตลอดจนวัตถุประสงค์ในการค้ำประกันตามหลักเกณฑ์การพิจารณาสินเชื่อทั่วไป⁷⁴ หากเป็นการค้ำประกันต่อหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนซึ่งมิได้ใช้แบบฟอร์มหนังสือค้ำประกันตามของธนาคาร แบบฟอร์มดังกล่าวต้องผ่านการพิจารณาจากฝ่ายนิติกรและได้รับอนุมัติจากผู้มีอำนาจของธนาคารเสียก่อน⁷⁵ หากธนาคารเห็นสมควรออกหนังสือค้ำประกันให้ ในการนี้อาจเรียกให้ลูกค้ำวางหลักประกันตามความเหมาะสมก็ได้⁷⁶ ซึ่งปกติแล้วธนาคารมักเรียก

⁷⁰ ธนาคารกรุงเทพ. หนังสือค้ำประกัน. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.bangkokbank.com/BangkokBankThai/BusinessBanking/SMEs/LoansForSMEs/BusinessLoans/Pages/LetterOfGuarantee.aspx> [7 กันยายน 2559].

⁷¹ ประทีป ฟ้ากระจำง, หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Bank Guarantee) ศึกษาหลักกฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติ

⁷² วรวิวรรณ วุฒิสาร, "ผลกระทบทางกฎหมายและแนวทางแก้ไข การบังคับใช้มาตรา 681/1 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศึกษากรณีธนาคารพาณิชย์เป็นผู้ค้ำประกัน", (ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557).

⁷³ ธนาคารกรุงไทย, บริการออกหนังสือค้ำประกันหรือสแตนด์บาย L/C ต่อผู้รับประโยชน์ในต่างประเทศ

⁷⁴ โปรดดูหัวข้อ 2.3.1

⁷⁵ ธนาคารสิริไทย, คู่มือการกรอกแบบฟอร์ม "คำขอให้ธนาคารออก / ต่ออายุ / แก้ไข หนังสือค้ำประกัน" (V.2 03/2559)

⁷⁶ ประทีป ฟ้ากระจำง, หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Bank Guarantee) ศึกษาหลักกฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติ

หลักประกันเป็นการจำนอง จำน่า การค้ำประกัน หรือสิทธิเรียกร้อง เช่น ให้หลักประกันเป็นสิทธิเรียกร้องในบัญชีเงินฝาก โดยทำเป็นสัญญามอบสิทธิเรียกร้องในบัญชีเงินฝาก เป็นต้น⁷⁷

อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไป ธนาคารจะออกหนังสือค้ำประกันแบบมีกำหนดระยะเวลาเท่านั้น เว้นแต่ในกรณีไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ เช่น การออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันที่เป็นหน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนรายใหญ่ที่กำหนดให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันแบบไม่มีกำหนดอายุสัญญาเท่านั้น โดยธนาคารจะพิจารณาให้ความเห็นชอบเป็นกรณี ๆ ไป⁷⁸ นอกจากนี้ ในการออกหนังสือค้ำประกัน ธนาคารจะออกโดยทำเป็นสำเนาไว้ 3 ฉบับ กล่าวคือ สำหรับธนาคารสาขา ผู้รับหนังสือค้ำประกันและสำนักงานใหญ่ของธนาคาร โดยหนังสือค้ำประกันแต่ละฉบับจะมีระยะเวลาการค้ำประกันไม่เกินกว่า 10 ปี⁷⁹

2.3.6.2 อัตราค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์

ในการออกหนังสือค้ำประกัน ธนาคารจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมทุกครั้งที่มีการออกหนังสือค้ำประกัน หรือมีการขยายเวลาการค้ำประกัน หรือต่ออายุหนังสือค้ำประกัน⁸⁰ และจะเรียกเก็บตลอดระยะเวลาจนกว่าธนาคารจะได้รับต้นฉบับหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือยืนยันการหมดภาระการค้ำประกันจากเจ้าหนี้ต่างประเทศซึ่งเป็นผู้รับหนังสือค้ำประกัน⁸¹ โดยธนาคารจะเรียกเก็บในอัตราที่กำหนดไว้เป็นร้อยละของวงเงินค้ำประกัน เช่น ร้อยละ 1 ส่วน 4 ถึงร้อยละ 1.5 ของวงเงินที่ค้ำประกัน เป็นต้น และบางกรณีธนาคารจะกำหนดค่าธรรมเนียมขั้นต่ำไว้ เช่น ไม่น้อยกว่าฉบับละ 500 บาท เป็นต้น ซึ่งอัตราค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บนี้จะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับประเภทและระยะเวลาของการค้ำประกัน⁸² แต่สำหรับการออกหนังสือค้ำประกันที่มีเงินฝากประเภทที่ต้องจ่ายคืนเมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลาเป็นหลักประกัน ธนาคารอาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในอัตราครึ่งหนึ่งของอัตราปกติก็ได้⁸³

⁷⁷ วรวิวรรณ วุฒิสาร, ผลกระทบทางกฎหมายและแนวทางแก้ไข การบังคับใช้มาตรา 681/1 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศึกษากรณีธนาคารพาณิชย์เป็นผู้ค้ำประกัน, หน้า 20.

⁷⁸ ประทีป พ้ากระจ่าง, หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Bank Guarantee) ศึกษาหลักกฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติ

⁷⁹ Spandane. **Bank Guarantees**. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.spandane.com/books/Training%20Notes%20for%20Bank%20Staff/General%20Ledger/02-BankGuarantee.pdf> [7 กันยายน 2559].

⁸⁰ ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย. บริการออกหนังสือค้ำประกัน. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.smebank.co.th/th/service2.php> [6 กันยายน 2559].

⁸¹ Spandane, Bank Guarantees

⁸² โปรดดูภาคผนวก ก

⁸³ ศาสตราจารย์วารีย์ หะวานนท์, การบัญชีธนาคารการปฏิบัติงานธนาคารพาณิชย์, หน้า 357.

นอกจากนี้ ในเรื่องของการเริ่มต้นนับระยะเวลาในการจ่ายค่าธรรมเนียมเพื่อออกหนังสือค่าประกันนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

1) กรณีที่หนังสือค่าประกันเป็นแบบกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดไว้แน่นอน การเริ่มต้นนับระยะเวลาเพื่อจ่ายค่าธรรมเนียมจะเริ่มต้นตั้งแต่วันที่หนังสือค่าประกันมีผลบังคับใช้ไปจนถึงวันที่ครบกำหนดระยะเวลาในการค้าประกัน โดยอาจมีการตกลงชำระค่าธรรมเนียมครั้งแรกในวันที่ธนาคารออกหนังสือค่าประกันพร้อมด้วยค่าธรรมเนียมล่วงหน้าสำหรับระยะเวลาใดเวลาหนึ่งแล้วแต่จะมีการตกลงกัน และผู้ขอออกหนังสือค่าประกันจะต้องชำระค่าธรรมเนียมอีกเป็นคราว ๆ ไปตามแต่ธนาคารจะเรียกเก็บ ซึ่งปกตินิยมจ่ายเป็นรายปีต่อไปจนกว่าธนาคารจะได้รับต้นฉบับหนังสือสัญญาค่าประกันคืนหรือได้รับหนังสือยืนยันจากผู้รับหนังสือค่าประกันว่าธนาคารหมดภาระผูกพันตามหนังสือสัญญาค่าประกันแล้ว

2) กรณีที่หนังสือค่าประกันเป็นแบบไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดไว้แน่นอน การเริ่มต้นนับระยะเวลาเพื่อจ่ายค่าธรรมเนียมจะเริ่มต้นตั้งแต่วันที่มีการออกหนังสือค่าประกันต่อไปจนกว่าจะถึงวันที่ธนาคารได้รับต้นฉบับหนังสือสัญญาค่าประกันคืนหรือได้รับหนังสือยืนยันจากผู้รับหนังสือค่าประกันว่าธนาคารหมดภาระผูกพันตามหนังสือสัญญาค่าประกันแล้ว โดยจะมีกำหนดระยะเวลาชำระค่าธรรมเนียมทุกรอบระยะเวลา 1 ปี

2.3.6.3 การหมดภาระการค้าประกันตามหนังสือค่าประกันของธนาคารพาณิชย์

ในกรณีที่หนังสือค่าประกันครบกำหนดอายุสัญญาค่าประกัน หรือได้มีการปฏิบัติตามสัญญาเรียบร้อยแล้ว ธนาคารจะเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค่าประกันนำต้นฉบับหนังสือค่าประกันคืนเพื่อยกเลิกการค้าประกัน และแสดงให้เห็นว่าธนาคารหมดภาระผูกพันตามหนังสือค่าประกันแล้ว แต่ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค่าประกันไม่นำต้นฉบับหนังสือค่าประกันมาคืน ธนาคารจะทำหนังสือยืนยันการหมดภาระการค้าประกันส่งไปยังผู้รับหนังสือค่าประกันของธนาคาร เมื่อผู้รับหนังสือค่าประกันมีหนังสือยืนยันแจ้งการหมดภาระการค้าประกันมาให้ธนาคารทราบแล้ว ก็ให้ถือหนังสือนี้เป็นหลักฐานในการยกเลิกการค้าประกัน⁸⁴ แต่หลักประกันจะคืนให้แก่ผู้ขอออกหนังสือค่าประกันได้ต่อเมื่อได้รับต้นฉบับหนังสือค่าประกันหรือหนังสือยืนยันการหมดภาระการค้าประกันแล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค่าประกันไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้และธนาคารต้อง

⁸⁴ ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย, บริการออกหนังสือค่าประกัน

ชดใช้เงินแทนตามภาระค้ำประกันไปแล้ว ธนาคารจะขอต้นฉบับหนังสือค้ำประกันคืน และเรียกเงินจำนวนดังกล่าวคืนจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน⁸⁵

นอกจากนี้ ในกรณีที่หนังสือค้ำประกันฉบับเดิมหมดอายุลง และผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมีความประสงค์จะให้ธนาคารต่ออายุหนังสือค้ำประกันต่อไปอีก ก็ให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันยื่นคำขอให้ธนาคารต่ออายุการค้ำประกันตามเงื่อนไขเดิม หรือมีการเปลี่ยนแปลงในบางเรื่องก็ได้ ซึ่งธนาคารก็จะดำเนินการออกหนังสือค้ำประกันฉบับใหม่ให้แก่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันและขอต้นฉบับเดิมคืน โดยธนาคารจะหมายเหตุไว้ท้ายหนังสือค้ำประกันฉบับที่ออกให้ใหม่อ้างถึงการออกแทนฉบับเดิมเลขที่เท่าใดไว้อย่างชัดเจนทั้งต้นฉบับ คู่ฉบับและสำเนา เพื่อป้องกันมิให้เกิดการออกหนังสือค้ำประกัน 2 ฉบับ และให้ติดตามขอหนังสือค้ำประกันฉบับเดิมคืน และสำหรับกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันขอให้ธนาคารขยายระยะเวลาการค้ำประกันออกไปในจำนวนเงินเท่าเดิม และมีเงื่อนไขเดิม ในทางปฏิบัติ ธนาคารจะไม่ออกหนังสือค้ำประกันฉบับใหม่ แต่จะออกเป็น “หนังสือต่ออายุหนังสือค้ำประกัน” ขยายระยะเวลาการค้ำประกันออกไปตามระยะเวลาที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันต้องการ โดยอ้างถึงหนังสือค้ำประกันฉบับเดิมและจะบันทึกหมายเหตุการขยายระยะเวลาไว้ในทะเบียนการออกหนังสือค้ำประกัน และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเช่นเดียวกับการออกหนังสือค้ำประกัน⁸⁶

⁸⁵ ศาสตราจารย์วารีย์ หะวานนท์, การบัญชีธนาคารการปฏิบัติงานธนาคารพาณิชย์, หน้า 359.

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 360.

บทที่ 3

หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับสัญญาประธานที่จะต้องค้าประกัน คำขอให้ ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน และหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออก เพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

ในการศึกษาปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสมของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน เมื่อนำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ นอกจากจะต้องศึกษาหลักกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาและค้ำประกันแล้ว ยังจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักกฎหมายที่ใช้ในการดำเนินคดีของศาล หลักกฎหมายขัดกัน ตลอดจนข้อบังคับและประเพณีปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce) อีกด้วย เพื่อทราบถึงภาพรวมของกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร ซึ่งจะทำให้สามารถวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในการออกหนังสือค้ำประกันได้อย่างครอบคลุมทุกด้าน

3.1 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้ในทางแพ่ง

3.1.1 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับสัญญาประธานที่จะต้องค้าประกัน

เนื่องจากสัญญาทางธุรกิจและการค้าระหว่างประเทศ หมายถึง สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการพาณิชย์ทั้งปวงซึ่งเกี่ยวข้องกับการหมุนเวียนหรือเปลี่ยนมือของสินค้า บริการ ทุน เงินตรา ตลอดจนเทคโนโลยีข้ามพรมแดนระหว่างประเทศ¹ กฎหมายที่อาจมีผลบังคับต่อสัญญาประธานที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางธุรกิจและการค้าระหว่างประเทศดังกล่าวจึง ได้แก่ กฎหมายภายในของประเทศคู่สัญญา กฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนแบบธรรมเนียมประเพณีการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกใช้กฎหมายไทยหรือในกรณีที่คู่สัญญามีสัญชาติต่างกันและคู่สัญญามีได้ตกลงเลือกกฎหมายของประเทศใดบังคับแก่สัญญา กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาประธานนั้น คือ กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งหากถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้นคือประเทศไทย กฎหมายไทยที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศดังกล่าว ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและ

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์, กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, หน้า

พาณิชย์ หลักทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา แต่ในกรณีที่สัญญาประธาณดังกล่าว เป็นสัญญาประเภทที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จะต้องพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา โดยในบทนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงเฉพาะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาเท่านั้น

3.1.1.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญา

3.1.1.1.1 ความหมายและลักษณะของนิติกรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 ได้กำหนดนิยามของ “นิติกรรม” ว่าเป็นการใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ² ดังนั้นนิติกรรมที่เกิดขึ้นมีผลสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย จะต้องเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมดังกล่าวด้วยใจสมัคร และเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมุ่งหมายจะก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายในลักษณะของการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ³

โดยทั่วไป นิติกรรมสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียว เช่น การทำพินัยกรรม และนิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเป็นนิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปและทุกฝ่ายต้องตกลงยินยอมระหว่างกัน เช่น สัญญาประเภทต่าง ๆ⁴

3.1.1.1.2 การเกิดและผลของสัญญา

สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มีมุ่งจะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์⁵ เมื่อ

² หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. นิติกรรมสัญญา. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.satun.ago.go.th/commerce1.htm> [10 มิถุนายน 2558].

³ ชมชื่น มัณยารมย์. นิติกรรม. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: www.dpu.ac.th/law/upload/content/files/12.doc [10 มิถุนายน 2558].

⁴ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554).

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 277

สัญญาเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งจึงต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปของนิติกรรมมาใช้กับสัญญาด้วย เว้นแต่กรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะในเรื่องของสัญญาก็จะต้องไปใช้หลักเกณฑ์นั้น

โดยทั่วไป เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ผลของสัญญาย่อมเป็นตามที่คุณสัญญาได้ตกลงกำหนดกันไว้ แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายก็ตาม แต่หากมิได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 แล้ว กฎหมายย่อมรับรองให้เกิดผลในทางกฎหมายได้ภายใต้หลักอิสระทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งสามารถแยกพิจารณาผลของสัญญาได้ดังนี้

1) ผลต่อคู่สัญญา โดยหลัก สัญญาย่อมก่อให้เกิดผลโดยตรงต่อตัวคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ทำสัญญารวมถึงบุคคลที่อยู่ในสถานะเช่นเดียวกับคู่สัญญาด้วย

2) ผลต่อบุคคลภายนอก ในบางกรณีที่คู่สัญญาอาจทำสัญญาและกำหนดให้ผลของสัญญาตกอยู่กับบุคคลภายนอกโดยตรงก็ได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้คู่สัญญาสามารถตกลงกำหนดให้ผลตกอยู่กับบุคคลภายนอกได้เฉพาะในกรณีของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเท่านั้น โดยสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนี้ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาสองฝ่ายตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่สัญญาหรือนอกเหนือจากบุคคลที่อาจอยู่ในฐานะเดียวกับคู่สัญญา โดยผลของสัญญาต่อบุคคลภายนอกจะเกิดก็ต่อเมื่อบุคคลภายนอกได้แสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์จากสัญญาต่อคู่สัญญาที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยตรงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 และในกรณีที่บุคคลภายนอกแสดงเจตนาเข้าถือเอาประโยชน์แล้ว คู่สัญญาจะตกลงเปลี่ยนแปลงสิทธิของบุคคลภายนอกอีกไม่ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 375

ทั้งนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาซึ่งมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ ไม่ยอมชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก บุคคลภายนอกย่อมสามารถฟ้องเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวชำระหนี้ได้โดยตรง และในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวมีข้อต่อสู้อันเกิดจากมูลสัญญา ก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 376

3.1.1.1.3 การตีความสัญญา

โดยทั่วไป การตีความสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อข้อความบางข้อหรือทั้งหมดในสัญญาเคลือบคลุมไม่ชัดแจ้ง จึงจะต้องมีการแปลความหมายของข้อสัญญานั้น ๆ โดยการแสวงหาจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญา⁶ อีกทั้งยังต้องพิจารณาด้วยว่าสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการ

⁶ สนธิ สนั่นศิลป์, หลักการตีความสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2534), หน้า 14.

ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ตลอดจนพิจารณาถึงความประสงค์ในทางสุจริตและปกติประเพณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 ด้วย

นอกจากนี้ ในการตีความเพื่อวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่คู่กรณี ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันทัดชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอื่นทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง และปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น รวมทั้งเวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา ตลอดจนการรับภาระที่หนักมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย⁷

3.1.1.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสกุลเงินและอัตราแลกเปลี่ยน

3.1.1.2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสกุลเงินที่ลูกหนี้จะต้องชำระ

เนื่องจากในสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ คู่สัญญามักจะกำหนดจำนวนเงินที่ต้องชำระเป็นเงินตราต่างประเทศที่มีความน่าเชื่อถือ⁸ เช่น เงินเหรียญสหรัฐ เงินปอนด์อังกฤษ เงินฝรั่งเศสสวิสเงินเหรียญสิงคโปร์ เป็นต้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงกำหนดให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้เป็นเงินไทยได้ แต่จะต้องมีมูลค่าเท่ากับจำนวนเงินที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งสิทธิในการเลือกชำระหนี้ที่กำหนดเป็นเงินตราต่างประเทศด้วยเงินไทยนี้ถือเป็นสิทธิของลูกหนี้ เจ้าหนี้หรือศาลไม่มีสิทธิกำหนดให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้เป็นเงินตราต่างประเทศเด็ดขาด⁹ อย่างไรก็ตาม ถ้ามีข้อตกลงในสัญญาระบุว่าลูกหนี้จะต้องส่งมอบเงินตราต่างประเทศสกุลใดสกุลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ลูกหนี้ก็จะเลือกชำระเป็นเงินไทยไม่ได้เช่นกัน¹⁰

⁷ ผู้ช่วยศาสตราจารย์รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ, กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางธุรกิจ, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2551), หน้า 7.

⁸ คณะกรรมการผลิตและบริหารชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน, กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553), หน้า 1-58.

⁹ ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนากร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะหนี้, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), หน้า 79.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

3.1.1.2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยน

เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้เป็นเงินไทยได้ โดยจะต้องชำระหนี้ตามอัตราแลกเปลี่ยน ณ สถานที่และเวลาใช้เงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 196 วรรคสอง โดยมีได้กำหนดว่าจะต้องใช้อัตราแลกเปลี่ยนในตลาดหรืออัตราแลกเปลี่ยนของทางราชการ จึงทำให้เจ้าหนี้อาจได้รับความเสียหาย ศาลฎีกาจึงได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่าอัตราแลกเปลี่ยนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 196 นั้น ให้หมายความถึงอัตราแลกเปลี่ยนในตลาดเท่านั้น¹¹ ซึ่งมีผลเท่ากับว่ากรณีที่ลูกหนี้จะชำระหนี้เงินต่างประเทศด้วยเงินบาท จำนวนเงินบาทที่จะชำระหนี้ต้องสามารถนำไปซื้อเงินต่างประเทศจากธนาคารได้เท่ากับจำนวนเงินตราต่างประเทศที่แสดงไว้ และคำว่า “อัตราแลกเปลี่ยน ณ สถานที่ชำระหนี้” หมายถึง อัตราแลกเปลี่ยน ณ สถานที่ใช้เงิน ในขณะที่คำว่า “อัตราแลกเปลี่ยน ณ เวลาชำระหนี้” หมายถึง อัตราแลกเปลี่ยน ณ เวลาที่มีการชำระหนี้กันจริง มิใช่ ณ เวลาที่หนี้ถึงกำหนด¹²

3.1.1.3 หลักเกณฑ์การใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1693/2493 โจทก์ฟ้องหาว่า จำเลยผิดสัญญาให้ใช้ค่าเสียหายจำเลยต่อผู้ว่า โจทก์เป็นผู้ผิดสัญญา ขอให้ยกฟ้อง เมื่อศาลเห็นว่าต่างฝ่ายต่างผิดสัญญาฝ่ายโจทก์ต้องใช้ให้จำเลยเป็นเงินเหรียญต่างประเทศ ฝ่ายจำเลยต้องใช้ให้โจทก์เป็นเงินบาทและเงินเหรียญ ดังนี้ เป็นเรื่องต่างฝ่ายต่างจะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ โดยทรัพย์สินต่างประเทศนั้นจะหักทอนกันมิได้ แม้จำเลยจะยกข้อผิดสัญญาขึ้นต่อสู้เพียงให้ยกฟ้องก็ดี ศาลก็ยอมพิพากษาบังคับได้เพียงเท่าที่ไม่เกินค่าของโจทก์ คือพิพากษาให้ต่างฝ่ายต่างชำระหนี้แก่กันเป็นเงินตราคนละประเภท แต่สำหรับเงินตราต่างประเทศนั้น ให้คิดแลกเปลี่ยนเป็นเงินบาทเสียตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินโดยเฉลี่ยที่ธนาคารพาณิชย์ในกรุงเทพฯ เมื่อคำนวณได้เท่าใดให้หักกลบกัน ถ้าจำนวนที่จำเลยจะต้องชำระยังเหลืออีกก็ให้จำเลยชำระให้แก่โจทก์จนครบ ถ้าไม่มีเหลือ หรือจำนวนที่โจทก์จะต้องชำระมากกว่า ก็ให้ยกฟ้องโจทก์เสีย

สัญญากันว่าจะชำระหนี้เป็นเงินเหรียญมลายู และชำระที่สิงคโปร์แต่สถานเดียว ดังนี้ จะต้องชำระหนี้กันเป็นเงินเหรียญมลายู จะชำระเป็นเงินไทยไม่ได้ เว้นแต่อีกฝ่ายหนึ่งจะยินยอม มิฉะนั้นยอมถือว่า ฝ่ายชำระหนี้ผิดสัญญา

หนี้เป็นเงินตราต่างประเทศนั้น เมื่อจะต้องชำระตามคำบังคับของศาลในประเทศไทยก็ต้องเปลี่ยนเป็นเงินตราของประเทศไทยซึ่ง มาตรา 196 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินในสถานที่และในเวลาที่ใช้เงินอัตราแลกเปลี่ยนเงินตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 196 นั้น ย่อมต้องหมายถึงอัตราที่จะแลกเปลี่ยนกันได้โดยเสรี ซึ่งโดยปกติก็คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินโดยเฉลี่ยที่ธนาคารพาณิชย์ในกรุงเทพฯ

ในกรณีที่จะต้องชำระหนี้กันเป็นเงินตราต่างประเทศนั้นเพื่อสะดวกแก่การบังคับคดี ศาลจะพิพากษาให้ใช้เงินเป็นเงินตราต่างประเทศ หรือมีฉันทัดคิดแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศนั้นเป็นเงินไทย โดยคิดอัตราแลกเปลี่ยนเงินโดยเฉลี่ยที่ธนาคารพาณิชย์ฯ ทำการขายเงินตราต่างประเทศเป็นเงินไทยในวันที่มีคำพิพากษา ถ้าไม่มีอัตราการขายในวันนั้น ก็ให้ถือเอาวันสุดท้ายที่มีอัตราการขาย เช่นว่านั้นก่อนวันพิพากษา

¹² ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 82.

เมื่อมีหนี้ตามสัญญาที่ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศเกิดขึ้นแล้ว เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อครบหลักเกณฑ์ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

3.1.1.3.1 หลักกำหนดเวลาชำระหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ 4 ประเภท¹³ คือ

- 1) กำหนดเวลาชำระหนี้ที่มีการกำหนดไว้ชัดเจนแน่นอน เช่น กำหนดตามวันเวลาปฏิทิน หรือกำหนดชำระหนี้ภายในวันเวลาที่นับได้แน่นอนตามวันเวลาปฏิทิน เป็นต้น
- 2) กำหนดเวลาชำระหนี้ที่ต้องอนุমানจากพฤติการณ์ทั้งปวง ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงตามวัตถุประสงค์ของมูลหนี้ กล่าวคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดเกิดขึ้นแล้ว เจ้าหนี้ก็สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้
- 3) กำหนดเวลาอันพึงจะชำระหนี้ไม่ได้กำหนดไว้ ซึ่งอาจมีได้ในกรณีของสัญญาที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกำหนดเวลาชำระหนี้กันไว้ ในกรณีนี้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกชำระหนี้ได้ทันที และฝ่ายลูกหนี้ก็ต้องทำการชำระหนี้ของตนทันทีด้วยเช่นกัน
- 4) กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ แต่กรณีเป็นที่สงสัยว่ากำหนดเวลาดังกล่าวนั้นจะถึงกำหนดเวลาเมื่อใด กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ากำหนดเวลาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของลูกหนี้ ดังนั้นเจ้าหนี้จึงไม่สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลานั้น แต่ถ้ากำหนดเวลาดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้แล้ว ลูกหนี้จะชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้เสียประโยชน์ไม่ได้

3.1.1.3.2 หลักการละเลยไม่ชำระหนี้

การละเลยไม่ชำระหนี้ หมายถึง การที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ทั้ง ๆ ที่การชำระหนี้ยังไม่เป็นการพ้นวิสัยที่จะชำระหนี้ได้ การละเลยไม่ชำระหนี้จึงเป็นพฤติการณ์อย่างหนึ่งที่ลูกหนี้ทำให้การชำระหนี้ไม่สำเร็จ¹⁴ ไม่ว่าจะเป็นอย่างนี้เพราะลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงของมูลหนี้หรือถึงกำหนดเวลาชำระหนี้แล้ว แต่ลูกหนี้ไม่สนใจที่จะชำระหนี้จนเป็นลูกหนี้ผิดนัด

¹³ รองศาสตราจารย์ ดร.คาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, หน้า 44.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

อย่างไรก็ตาม ลูกหนี้อาจขอให้เจ้าหนี้ขยายระยะเวลาการชำระหนี้ออกไปก็ได้หากมีเหตุผลอันสมควร ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

1) กรณีเจ้าหนี้ขยายระยะเวลาการชำระหนี้ให้ก่อนจะครบกำหนดชำระหนี้ ซึ่งมีผลเท่ากับเป็นการขยายระยะเวลาในการชำระหนี้ออกไปหรือเป็นการผ่อนเวลาชำระหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ยังไม่สิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้เมื่อครบกำหนดเวลาในการชำระหนี้เดิม และถือว่าลูกหนี้ยังไม่เป็นผู้ผิดนัดอายุความจึงยังไม่เริ่มนับจนกว่าจะถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ใหม่

2) กรณีเจ้าหนี้ขยายระยะเวลาการชำระหนี้ภายหลังจากที่ได้มีการผิดนัดเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าความรับผิดของลูกหนี้ได้เกิดขึ้นแล้ว แม้เจ้าหนี้จะยอมให้มีการขยายระยะเวลาชำระหนี้ใหม่ ลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้ในฐานะลูกหนี้ผิดนัดอยู่นั่นเอง

3.1.1.4 หลักการผิดนัดของลูกหนี้และหลักการบังคับชำระหนี้

3.1.1.4.1 หลักการผิดนัดของลูกหนี้

เมื่อหนี้ตามสัญญาถึงกำหนดชำระแล้ว ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ล่าช้ายอมทำให้ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องลูกหนี้ผิดนัดไว้ในมาตรา 204 และมาตรา 206 ซึ่งสามารถแบ่งกรณีการผิดนัดของลูกหนี้ออกได้เป็น 3 กรณี คือ

1) ลูกหนี้ผิดนัดเพราะเจ้าหนี้ได้เตือนแล้ว เป็นกรณีลูกหนี้เป็นหนี้ตามสัญญาซึ่งไม่ได้กำหนดวันชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน ซึ่งเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและเจ้าหนี้ได้เตือนให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ นั้น จึงถือว่าลูกหนี้ตกเป็นลูกหนี้ผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 วรรคหนึ่ง¹⁵

2) ลูกหนี้ผิดนัดโดยไม่ต้องเตือน เป็นกรณีที่หนี้มีกำหนดเวลาชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาดังกล่าว ก็ได้ชื่อว่าเป็นลูกหนี้ผิดนัดทันที โดยเจ้าหนี้ไม่ต้องเตือนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 วรรคสอง¹⁶

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และภายหลังแต่นั้นเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนลูกหนี้แล้ว ลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ไซ้ ลูกหนี้ได้ชื่อผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้ว”

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทิน และลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมิพักต้องเตือนเลย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้บอกกล่าว”

3) ลูกหนี้ผิดนัดในมูลหนี้ละเมิด ซึ่งเป็นมูลหนี้ที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ลูกหนี้จึงได้ชื่อว่าผิดนัดในเวลาเดียวกันกับเวลาที่เกิดการทำละเมิดขึ้นตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 206¹⁷

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ทำให้ลูกหนี้ยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด 2 กรณี คือ กรณีที่การชำระหนี้กระทำไม่ได้เนื่องจากพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 205¹⁸ ซึ่งจะต้องไม่ใช่พฤติการณ์ที่ถึงขนาดทำให้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย ดังนั้นจึงถือว่ากำหนดเวลาชำระหนี้ได้ขยายออกไปโดยผลของกฎหมาย และอีกกรณีหนึ่ง คือ กรณีที่การชำระหนี้กระทำไม่ได้เนื่องจากพฤติการณ์อันเป็นความผิดของเจ้าหนี้เอง โดยอาจเกิดจากการที่เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้¹⁹ หรือเกิดการที่เจ้าหนี้ไม่เสนอชำระหนี้ตอบแทน²⁰ ทำให้เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิคิดดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัด²¹ และไม่มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในเสียหายที่มีขึ้นในระหว่างเวลาที่เจ้าหนี้ผิดนัด²² แต่ทั้งนี้ หากเจ้าหนี้แสดงให้เห็นได้ว่า ลูกหนี้ก็ไม่พร้อมที่จะทำการชำระหนี้ได้จริงในเวลาทีลูกหนี้มาขอชำระหนี้ หรือเจ้าหนี้มีเหตุส่วนตัวขัดข้องชั่วคราวซึ่งกฎหมายให้เจ้านี้ยกขึ้นกล่าวอ้างได้ เจ้าหนี้ก็จะไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด

3.1.1.4.2 หลักการบังคับชำระหนี้

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้จะได้ชื่อว่าเป็นผู้ผิดนัด ซึ่งกฎหมายได้ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับชำระหนี้ ซึ่งสามารถแบ่งวิธีการบังคับชำระหนี้ตามลักษณะของวัตถุแห่งหนี้ได้ ดังนี้

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 206 บัญญัติว่า “ในกรณีหนี้อันเกิดแต่มูลละเมิด ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดมาแต่เวลาที่ทำละเมิด”

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 205 บัญญัติว่า “ตราบใดการชำระหนี้ที่นั้นยังมิได้กระทำลงเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ตราบนั้นลูกหนี้ยังหาได้ชื่อว่าผิดนัดไม่”

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 207 บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้ และเจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ที่นั้น โดยปราศจากมูลเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ไซ้ร้ ท่านว่าเจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด”

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 210 บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้จำต้องชำระหนี้ส่วนของตนต่อเมื่อเจ้าหนี้ชำระหนี้ตอบแทนด้วยไซ้ร้ แม้ถึงว่าเจ้าหนี้จะได้เตรียมพร้อมที่จะรับชำระหนี้ตามที่ลูกหนี้ขอปฏิบัตินั้นแล้วก็ดี หากไม่เสนอที่จะทำการชำระหนี้ตอบแทนตามที่จะต้องทำ เจ้าหนี้ก็เป็นอันได้ชื่อว่าผิดนัด”

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 221 บัญญัติว่า “หนี้เงินอันต้องเสียดอกเบี้ยนั้น ท่านว่าจะคิดดอกเบี้ยในระหว่างที่เจ้าหนี้ผิดนัดหาได้ไม่”

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 330 บัญญัติว่า “เมื่อขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบแล้ว บรรดาความรับผิดชอบอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ก็เป็นอันปลดเปลื้องไป นับแต่เวลาที่ขอปฏิบัติการชำระหนี้ที่นั้น”

1) กรณีเป็นหนี้กระทำการ ปกติโดยสภาพของหนี้กระทำการนั้น จะไม่เปิดช่องให้มีการบังคับให้ลูกหนี้กระทำการได้ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิเพียงขอบังคับให้ลูกหนี้รับผิดชอบด้วยการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ความเสียหายที่เกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เท่านั้น

2) กรณีเป็นหนี้ที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยการบังคับยึดทรัพย์มาส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ แต่หากในการส่งมอบทรัพย์สินนั้น ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นด้วย เจ้าหนี้อาจขอให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้²³

3) กรณีเป็นหนี้ตั้งวันกระทำการ เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้หรือถอนการที่ลูกหนี้ได้กระทำลง โดยให้ลูกหนี้เป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายและขอให้ศาลมีคำสั่งเพื่อกาลายหน้าได้ด้วย²⁴

นอกจากนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามที่ระบุไว้ในสัญญาและมีข้อตกลงในสัญญาระบุ ความรับผิดชอบที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน เจ้าหนี้ก็ยังมีสิทธิขอให้มีการบังคับชำระหนี้โดยให้ลูกหนี้รับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็ค่าเสียหายตามปกติที่เกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือค่าเสียหายพิเศษที่เจ้าหนี้สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าลูกหนี้ได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นถึงความเสียหายก่อนที่ลูกหนี้จะผิดสัญญาก็ตาม

3.1.1.5 หลักการโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้อง เป็นข้อตกลงซึ่งเจ้านี้ยอมโอนสิทธิทางหนี้ให้แก่บุคคลอื่นที่เรียกว่า “ผู้รับโอน” ซึ่งทำให้เกิดการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยผลของนิติกรรมหรือโดยอาศัยข้อตกลงทางสัญญา ระหว่าง “ผู้โอน” ซึ่งเป็นเจ้าหนี้กับบุคคลอื่นที่เป็น “ผู้รับโอน”²⁵ ดังนั้น ลักษณะของสิทธิเรียกร้องที่จะนำมาโอนจึงต้องเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ในมูลหนี้รายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ แม้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนหรือเงื่อนไขก็ตาม ส่งผลให้ผู้รับโอนมีสิทธิเหมือนกับเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องและบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ โดยกฎหมายได้กำหนดวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องไว้ 2 ประเภท²⁶ คือ

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้”

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคสาม บัญญัติว่า “ส่วนหนี้ซึ่งมีวัตถุเป็นอันจะให้ตั้งวันการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้หรือถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และให้จัดการอันควรเพื่อกาลายหน้าด้วยก็ได้”

²⁵ รองศาสตราจารย์ ดร.คาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, หน้า 147-148.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150.

1) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง หมายถึง การโอนหนี้ที่มีเจ้าหนี้ที่แน่นอน โดยเจ้าหนี้เป็นผู้โอน ซึ่งการโอนจะต้องกระทำตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือระหว่างเจ้าหนี้ผู้โอนกับผู้รับโอนจึงจะมีผลสมบูรณ์ และต้องบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้ได้ทำเป็นหนังสือยินยอมในการโอนด้วยจึงจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้²⁷

2) การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง ซึ่งหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งนั้น ได้แก่ หนี้ตามตั๋วเงิน หนี้ตามกรมธรรม์ประกันชีวิต หรือหนี้ตามใบตราส่ง เป็นต้น ซึ่งมักเป็นหนี้ตามตราสารเปลี่ยนมือ ดังนั้นการโอนสิทธิเรียกร้องในตราสารจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการเขียนสลักหลังการโอนไว้ในตราสารและส่งมอบตราสารให้กับผู้รับโอนแล้ว

อย่างไรก็ตาม เมื่อการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นสมบูรณ์แล้ว ลูกหนี้ย่อมมีหน้าที่จะต้องชำระหนี้กับผู้รับโอน เนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องมีผลให้ผู้รับโอนเข้าสวมสิทธิของเจ้าหนี้คนเดิมเหนือหนี้เดิมนั้นด้วย²⁸

3.1.1.6 หลักความระงับแห่งหนี้

สำหรับหลักความระงับแห่งหนี้ นั้น โดยทั่วไปแล้วย่อมระงับได้ด้วยการปฏิบัติการชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม การระงับแห่งหนี้ นั้นยังอาจเกิดได้จากกรณีอื่นอีกด้วย เช่น การปลดหนี้ การหักกลบลบหนี้ การแปลงหนี้ใหม่ หรือหนี้เคลื่อนกลืนกัน เป็นต้น ซึ่งแต่ละวิธีมีหลักเกณฑ์ดังนี้

3.1.1.6.1 การชำระหนี้

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 บัญญัติว่า “การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์ อนึ่งการโอนหนี้ นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะยินยอมด้วยในการโอนนั้นคำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นนั้นท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ

ถ้าลูกหนี้ทำให้พอแก่ใจผู้โอนด้วยการใช้เงิน หรือด้วยประการอื่นเสียแต่ก่อนได้รับบอกกล่าว หรือก่อนได้ตกลงให้โอนไซ้ ลูกหนี้นั้นก็เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้”

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 305 บัญญัติว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็สิทธิอันเกิดขึ้นแต่การค้ำประกันที่ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ติ ย่อมตกไปได้แก่ผู้รับโอนด้วย อนึ่งผู้รับโอนจะใช้บุริมสิทธิใด ๆ ที่ตนมีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในกรณีบังคับยึดทรัพย์หรือล้มลายนั้นก็ได้”

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้²⁹ แต่ในกรณีที่หนี้อย่างไม่ถึงกำหนดเวลาชำระ เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้ เพราะลูกหนี้อย่างได้ประโยชน์จากเงื่อนไขเริ่มต้น อย่างไรก็ตาม ลูกหนี้อาจสละประโยชน์ของเงื่อนไขโดยขอชำระหนี้ก่อนกำหนดเวลาชำระหนี้ก็ได้ แต่หากมีความเสียหายใด ๆ เกิดขึ้นกับเจ้าหนี้ ลูกหนี้จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายนั้น

เนื่องจากการชำระหนี้ถือเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้หนี้ระงับ ลูกหนี้จึงต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงจะมีผลให้หนี้ระงับสิ้นโดยสมบูรณ์ กล่าวคือ

1) ลูกหนี้จะต้องเป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดให้บุคคลภายนอกสามารถชำระหนี้แทนลูกหนี้ได้ หากบุคคลภายนอกดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วยการชำระหนี้³⁰ เช่น ผู้ค้ำประกัน จำนอง จำนำ ซึ่งบุคคลเหล่านี้อาจเข้าไปชำระหนี้แทนลูกหนี้เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่จะมีต่อตนหรือทรัพย์สินของตนได้³¹ เป็นต้น หรือบุคคลอื่นที่ไม่มีส่วนได้เสียกับหนี้ของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 ก็ได้

2) ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามกฎหมายเท่านั้น³² ซึ่งได้แก่ เจ้าหนี้ทายาทเจ้าหนี้ ผู้สืบสิทธิเจ้าหนี้ บุคคลผู้มีอำนาจรับชำระหนี้แทนเจ้าหนี้ เช่น ตัวแทนที่ได้รับอำนาจตามสัญญา

3) วัตถุประสงค์ในการชำระหนี้ โดยหลัก เจ้าหนี้ควรจะได้รับชำระหนี้ให้ถูกต้องสมบูรณ์ตามสิทธิในมูลหนี้ ดังนั้นหากลูกหนี้ชำระหนี้ไม่สมบูรณ์หรือลูกหนี้ชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ได้ แต่หากเจ้าหนี้ไม่ปฏิเสธการชำระหนี้³³ ก็จะทำให้หนี้ของลูกหนี้ระงับลงทันที³³

4) สถานที่ชำระหนี้ หากมีการแสดงเจตนากำหนดสถานที่ชำระหนี้ไว้ในสัญญา ลูกหนี้ต้องกระทำการชำระหนี้ตามสถานที่ที่กำหนดไว้ แต่หากไม่มีการกำหนดสถานที่เช่นนั้น และการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นการส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ลูกหนี้ก็ต้องส่งมอบ ณ สถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นได้

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 บัญญัติว่า “ถ้าเวลาอันจะพึงชำระหนี้มีกำหนดลงไว้ หรือจะอนุমানจากพฤติการณ์ทั้งปวงก็ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้อย่อมจะเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน และฝ่ายลูกหนี้ก็ย่อมจะชำระหนี้ของตนได้โดยพลันดุจกัน

ถ้าได้กำหนดเวลาไว้ แต่หากกรณีเป็นที่สงสัย ทำให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงเวลานั้นหาได้ไม่ แต่ฝ่ายลูกหนี้จะชำระหนี้ก่อนกำหนดนั้นก็ได้”

³⁰ ศาสตราจารย์ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, หน้า 101.

³¹ รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, หน้า 182.

³² ศาสตราจารย์ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, หน้า 101.

³³ รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, หน้า 193.

อยู่ในเวลาที่ก่อนนี้ขึ้น แต่ถ้าเป็นการชำระหนี้โดยประการอื่น ให้ชำระ ณ สถานที่ซึ่งเป็นภูมิลำเนาปัจจุบันของเจ้าหนี้

5) ค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ คู่สัญญาอาจตกลงกันให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้ก็ได้ แต่หากไม่ได้ตกลงกันเอาไว้ กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย³⁴

6) หลักฐานของการชำระหนี้ ลูกหนี้อาจเรียกร้องให้เจ้าหนี้ปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อแสดงเป็นหลักฐานว่าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แล้ว เช่น ออกใบเสร็จ หรือเวณคินเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ก็ได้

3.1.1.6.2 การปลดหนี้

การปลดหนี้ เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ในการสละสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่มีต่อลูกหนี้ โดยไม่มีค่าตอบแทน เพื่อปลดปล่อยให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ที่ต้องชำระ เป็นผลให้หนี้นั้นระงับสิ้นไป ทั้งนี้เจ้าหนี้อาจแสดงเจตนาปลดหนี้ให้ลูกหนี้ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้ด้วยวิธีการ³⁵ ดังต่อไปนี้

1) ในกรณีหนี้นั้นไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ ให้เจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ การแสดงเจตนาอาจกระทำโดยชัดแจ้ง ด้วยวาจา หรือทำเป็นหนังสือ หรือโดยกิริยาท่าทางหรือการแสดงเจตนาโดยปริยายก็ได้

2) ในกรณีที่หนี้นั้นมีหลักฐานเป็นหนังสือ เจ้าหนี้ต้องแสดงเจตนาการปลดหนี้ด้วยการทำเป็นหนังสือ หรือเวณคินเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ก็ได้

3.1.1.6.3 การหักกลบลบหนี้

การหักกลบลบหนี้ เป็นวิธีการระงับหนี้ในกรณีที่บุคคลสองคนมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ต่างฝ่ายต่างมีหนี้ซึ่งกันและกันในมูลหนี้ต่างรายการกัน ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเอาสิทธิเรียกร้องในหนี้รายการหนึ่ง มาหักกลบลบกับหนี้ที่ตนมีกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในหนี้รายการหนึ่ง ย่อมมีผลทำให้หนี้ส่วนที่จำนวนตรงกันระงับไป เท่ากับว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ขอหักกลบลบหนี้ได้สละสิทธิไม่เรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ และไม่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยในจำนวนหนี้ที่ตรงกัน³⁶

³⁴ ศาสตราจารย์ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, หน้า 105.

³⁵ รองศาสตราจารย์ ดร.คาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้หลักทั่วไป, หน้า 197.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 208.

3.1.1.6.4 การแปลงหนี้ใหม่

การที่คู่สัญญาจะระงับหนี้ด้วยการแปลงหนี้ใหม่ได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกันได้ตกลงกันให้หนี้เดิมระงับและแสดงเจตนาบังคับกันตามหนี้ที่ตกลงกันใหม่ด้วยการเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้เดิม เช่น การทำให้หนี้ที่มีเงื่อนไขกลายเป็นหนี้ที่ปราศจากเงื่อนไข การเพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าไปในหนี้อันปราศจากเงื่อนไข การเปลี่ยนประเภทหรือชนิดของนิติกรรม การเปลี่ยนตัวลูกหนี้ เจ้าหนี้ หรือการเปลี่ยนวัตถุแห่งหนี้ เป็นต้น³⁷ จึงมีผลทำให้หนี้เก่าระงับไป และคู่สัญญาจะผูกพันตามหนี้ที่แปลงใหม่นี้

3.1.1.6.5 การที่หนี้เคลื่อนกลืนกัน

หนี้เคลื่อนกลืนกัน คือ การที่สิทธิเรียกร้องและความรับผิดชอบในหนี้รายเดียวกันตกอยู่แก่บุคคลคนเดียวกัน ซึ่งมีผลทำให้หนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไปด้วยหนี้เคลื่อนกลืนกัน กล่าวคือ ความเป็นเจ้าหนี้และความเป็นลูกหนี้มีอยู่พร้อมกันในหนี้เดียวสำหรับบุคคลเดียวกัน³⁸

3.1.2 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน

แม้สัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งเป็นสัญญาประธานที่จะต้องค้ำประกันและหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ จะมีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่สำหรับคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันระหว่างผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันและธนาคารนั้น มิได้มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด คำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันไว้โดยตรง นอกจากจะต้องนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับกับคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันแล้ว จึงต้องนำหลักการซึ่งอยู่เบื้องหลังกฎหมายมาปรับใช้กับคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันดังกล่าวด้วย เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทุกฝ่าย เช่น หลักอิสระในทาง

³⁷ ศาสตราจารย์ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, หน้า 106.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

แพ่ง หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักสุจริต หลักความยุติธรรม หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

3.1.2.1 หลักอิสระในทางแพ่งและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา

3.1.2.1.1 หลักอิสระทางแพ่ง

หลักอิสระในทางแพ่งเป็นหลักพื้นฐานของการทำนิติกรรมสัญญาทุกชนิด โดยวางหลักให้เอกชนมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายด้วยตนเองทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวจะได้รับการรับรองให้เกิดผลในทางกฎหมาย³⁹ อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวก็มีกรอบหรือขอบเขตที่ไม่อาจก้าวล่วงได้ เช่น กรอบของวัตถุประสงค์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 กรอบของแบบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 เป็นต้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย⁴⁰

ในกรณีที่นิติกรรมที่คู่สัญญาทำขึ้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าไปทันทีและไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายเลย⁴¹ แต่หากพิจารณาได้ว่านิติกรรมนั้นสามารถแยกส่วนได้หรือสามารถสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีได้ว่าหากคู่กรณีได้รู้วาณิชกรรมส่วนหนึ่งเป็นโมฆะแต่อีกส่วนหนึ่งยังคงสมบูรณ์ คู่สัญญาคงเจตนาจะให้แยกส่วนที่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นก็อาจตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วน⁴²

3.1.2.1.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเป็นหลักหนึ่งที่อยู่ภายในหลักอิสระทางแพ่งซึ่งมาจากแนวคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม โดยเจตนาจะเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสัญญา เป็นสิ่งที่กำหนดเนื้อหาของสัญญา และเป็นสิ่งที่กำหนดผลของสัญญาด้วย ดังนั้นในการตีความเจตนา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 จึงกำหนดให้พิจารณาว่าผู้แสดงเจตนามีเจตนาแท้จริงอย่างไร โดยดูจากความมุ่งหมาย

³⁹ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 27

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 152

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 168

ของผู้แสดงเจตนาและเหตุผลอื่นประกอบ โดยไม่ยึดถือถ้อยคำ สำนวน หรือตัวอักษรที่แสดงเจตนาที่ออกมาเป็นสำคัญ⁴³

3.1.2.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักที่ซ่อนอยู่ในหลักอิสระในทางแพ่ง ซึ่งมีที่มาจากแนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่เห็นว่าเอกชนควรมีอิสระในการทำกิจกรรมทั้งหมด ทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม รวมถึงอิสระในการทำสัญญาด้วย⁴⁴ โดยคู่สัญญาย่อมมีเสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญา และเสรีภาพที่จะไม่ทำตามแบบ เป็นต้น และไม่ถูกแทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่เสรีภาพนี้ยังต้องอยู่ภายใต้กรอบหรือขอบเขตอันสมควรด้วย เพื่อมิให้เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลบางคนต้องไปกระทบหรือก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม ทั้งนี้ เสรีภาพในการทำสัญญาอาจถูกจำกัดได้ในบางกรณี เช่น เสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 หรือเสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยหลักสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา⁴⁵ เป็นต้น

นอกจากนี้ หลักเสรีภาพในการทำสัญญายังกำหนดให้คู่สัญญาสามารถเลือกวิธีการในก่อสัญญาอย่างใดก็ได้ การทำคำเสนอและการทำคำสนอง จึงอาจทำได้ในรูปของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสาร หรือวิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ได้อีกด้วย⁴⁶

3.1.2.3 หลักสุจริต

เนื่องจากคำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีความหมายกว้างและมีลักษณะเป็นนามธรรมยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนลงไป⁴⁷ อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองก็มิได้ให้คำนิยามของคำว่าสุจริตไว้ แต่เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 จะเห็นได้ว่ามีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตทั่วไปไว้ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดีในการชำระหนี้ก็ดีท่านว่าบุคคลทุกคนต้อง

⁴³ อนุพรรณ อาญาพิทักษ์, "สัญญาเบกเงินเกินบัญชี", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร คณะนิติศาสตร์: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557).

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84

⁴⁵ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 284-285

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 326-327

⁴⁷ สุดา วิศรุตพิชญ์, หลักกฎหมายคำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 1-10.

กระทำโดยสุจริต” กล่าวคือ บุคคลต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันในกรณีต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิหรือการชำระหนี้⁴⁸ ก็จะต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและความไว้วางใจ โดยมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้บุคคลผู้อ้างเอาสิทธิหรือผลจากความสุจริตนั้น ไม่ต้องนำสืบถึงความสุจริตของตน แต่ให้ฝ่ายที่อ้างว่าเขาไม่สุจริตเป็นผู้นำสืบ โดยกฎหมายให้สันนิษฐานว่าสุจริตจนกว่าจะนำสืบให้ปรากฏว่าเขาไม่สุจริต⁴⁹

นอกจากนี้ ในเรื่องการตีความสัญญาตามหลักสุจริตนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 ได้วางหลักการตีความสัญญาว่าจะต้องคำนึงถึงความประสงค์หรือเจตนาอันมีส่วนร่วมกันของคู่สัญญา ซึ่งเป็นเจตนาที่คาดหมายในทางสุจริต และต้องคำนึงถึงประเพณีปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาเองหรือประเพณีในทางการค้าด้วย ซึ่งปกติประเพณีในที่นี้ หมายความว่าถึง ปกติประเพณีที่เคยทำกันมาระหว่างคู่สัญญาด้วยกันและประเพณีที่มีอยู่ในท้องตลาดหรือปกติประเพณีทางการค้าซึ่งอาจแตกต่างกันตามประเภทของอาชีพ⁵⁰

3.1.2.4 หลักความยุติธรรม

ในการก่อสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องคำนึงถึงความยุติธรรมที่มีต่ออีกฝ่ายหนึ่งด้วย โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีฐานะทางเศรษฐกิจเหนือกว่าจะกำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีฐานะในทางเศรษฐกิจด้อยกว่าไม่ได้ เนื่องจากข้อกำหนดดังกล่าวไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมและขัดต่อหลักการของสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญาและต้องมียุติธรรมอย่างเท่าเทียมกัน⁵¹

3.1.2.5 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” และคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นคำที่มีความหมายกว้างและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามนโยบายของรัฐ สภาวะทางสังคม เศรษฐกิจ รวมทั้งทรรศนะของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร

⁴⁸ รองศาสตราจารย์ณัฐพงศ์ โปษะบุตร. หลักสุจริต หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.assumptionjournal.au.edu/index.php/LawJournal/article/download/904/810> [5 กันยายน 2559].

⁴⁹ จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งสำนักฝึกอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2503), หน้า 302.

⁵⁰ อนุสรณ์ อาญาพิทักษ์, สัญญาเบิกเงินเกินบัญชี.

⁵¹ รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา.

ได้อธิบายไว้ทำนองว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หมายถึง ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ในขณะที่ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง ธรรมเนียมประเพณีที่พึงามของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคม⁵² ดังนั้นการกระทำใดที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่อาจเกิดผลตามกฎหมายได้ ซึ่งกฎหมายไทยได้กำหนดถึงหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” โดยให้ศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนถึงขนาดที่ให้สัญญาเป็นโมฆะได้⁵³

3.1.2.6 หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องเสียเปรียบ

ในกรณีที่นิติกรรมที่ทำไว้มีข้อความไม่ชัดแจ้งหรือมีข้อความขัดแย้งกันหรืออาจแปลความหมายได้เป็นหลายนัย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 กำหนดให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้เสียในมูลหนี้ นั้น กล่าวคือ ต้องตีความข้อตกลงในสัญญาให้เป็นปฏิปักษ์แก่ผู้ที่กำหนดข้อตกลงในสัญญา ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ก็ตาม⁵⁴

3.1.2.7 หลักความตกลงยกเว้นความรับผิด

กฎหมายวางหลักให้ผลของข้อสัญญาที่คู่สัญญาทำการตกลงล่วงหน้ายกเว้นให้ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดเพื่อถ่วงดุลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้นเป็นโมฆะ⁵⁵ เนื่องจากถือว่าลูกหนี้มีความตั้งใจที่จะไม่ชำระหนี้โดยสุจริตมาตั้งแต่แรก ในทางกลับกัน แม้เป็นข้อตกลงยกเว้นความรับผิดแต่ในบางกรณี หากไม่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ข้อตกลงนั้นก็ไม่ใช่เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 151⁵⁶

⁵² ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรงแยงกูร และ อาจารย์ณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์. หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.stou.ac.th/schools/slw/upload/ex40701-2.pdf> [13 กันยายน 2559].

⁵³ ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนากร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะหนี้.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30

⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อถ่วงดุล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

⁵⁶ ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนากร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะหนี้.

3.1.3 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

เนื่องจากการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคาร เพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันดังกล่าว จึงได้แก่ กฎหมายภายในของประเทศคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติต่าง ๆ เกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปหากคู่สัญญามีได้ตกลงกันเป็นพิเศษว่าจะใช้หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของหอการค้านานาชาติ (URDG 758) แล้ว ธนาคารจะระบุให้ใช้กฎหมายไทยบังคับกับหนังสือค้ำประกันนั้น หรือในกรณีที่ไม่ได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาและปรากฏว่าคู่สัญญามีได้มีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันดังกล่าว คือ กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาค้ำประกันนั้นได้ทำขึ้น ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 เมื่อถิ่นที่สัญญาค้ำประกันได้ทำขึ้น คือ ประเทศไทย กฎหมายภายในของไทยที่จะนำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะค้ำประกัน ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

3.1.3.1 เหตุผลและความสำคัญของการค้ำประกัน

โดยปกติ เจ้าหนี้สามัญซึ่งไม่มีประกันหรือไม่มีบุริมสิทธิ กล่าวคือ ไม่มีสิทธิพิเศษซึ่งเกิดจากสัญญาหรือจากกฎหมายแล้วย่อมมีสิทธิเสมอกันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ได้จนสิ้นเชิง⁵⁷ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 ทำให้เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันขาดความมั่นคง และไม่อาจวางใจได้ว่าจะได้รับชำระหนี้ เนื่องจากทรัพย์สินของลูกหนี้อาจถูกจำหน่ายจ่ายโอนหรือถูกยึดเอาไปชำระหนี้ตามพิพาทของศาลโดยเจ้าหนี้ที่หนี้ถึงกำหนดชำระก่อน ด้วยเหตุนี้ เจ้าหนี้จึงต้องขวนขวายหาวิธีให้มีบุคคลค้ำประกันหรือมีหลักทรัพย์เป็นประกันเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของ

⁵⁷ นายพจน์ ปุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2533), หน้า 1.

เจ้าหนี้เอง มิฉะนั้นเจ้าหนี้จะไม่ยินยอมเข้าทำสัญญากับลูกหนี้⁵⁸ โดยหลักประกันมีอยู่ 2 ประเภท คือ การประกันด้วยบุคคลหรือการค้ำประกัน และการประกันด้วยทรัพย์สิน เช่น การจำนอง จำน่า เป็นต้น⁵⁹

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการค้ำประกันนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ใน 3 แง่มุม กล่าวคือ ในแง่ของเจ้าหนี้แล้ว การค้ำประกันยอมทำให้เจ้าหนี้มีหลักประกันเพิ่มขึ้นในกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีความสามารถที่จะชำระหนี้ได้หรือชำระหนี้ได้แต่ไม่เต็มจำนวน โดยเจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเรียกร้องเอาแก่บุคคลภายนอกในฐานะผู้ค้ำประกันให้ชำระแทนลูกหนี้ได้ จึงถือเป็นการบริหารจัดการความเสี่ยงใน ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้รูปแบบหนึ่ง ส่วนในแง่ของลูกหนี้ นั้น การที่ลูกหนี้มีหลักประกัน ให้แก่เจ้าหนี้ ย่อมทำให้ลูกหนี้มีความน่าเชื่อถือซึ่งนับเป็นปัจจัยสำคัญต่อการตัดสินใจของเจ้าหนี้ว่าจะ ก่อนนิติสัมพันธ์กับลูกหนี้หรือไม่ เพียงใด และเมื่อพิจารณาในแง่ของบุคคลภายนอกผู้ค้ำประกัน แม้จะ ไม่ได้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้โดยตรงก็ตาม แต่เมื่อ บุคคลภายนอกได้ยอมตนเข้าผูกพันตนในฐานะผู้ค้ำประกันของลูกหนี้แล้วย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ ระหว่างบุคคลภายนอกกับเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยกฎหมายให้สิทธิบางประการแก่บุคคลภายนอกที่จะ เรียกร้องให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกันนิติสัมพันธ์รับผิดชอบใช้ความเสียหายที่บุคคลภายนอกได้รับอันเป็นผลมา จากการค้ำประกันนั้น⁶⁰

3.1.3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกัน

สัญญาค้ำประกัน เป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคล ที่มีผลให้เจ้าหนี้มีบุคคลสิทธิที่จะ เรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้ โดยบังคับเอาจากทรัพย์สินทั่ว ๆ ไปของผู้ค้ำประกัน

3.1.3.2.1 ความหมายและลักษณะของสัญญาค้ำประกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 680 ให้นิยามสัญญาค้ำประกันไว้ว่า “อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้แยกพิจารณาลักษณะของสัญญาค้ำประกันได้ ดังนี้

⁵⁸ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำน่า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 16-17.

⁵⁹ ศาสตราจารย์ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, หน้า 221.

⁶⁰ อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำน่า, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 15.

1) ผู้ค้ำประกันต้องเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียในนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ นั่น โดยบุคคลภายนอกที่เข้าทำสัญญาค้ำประกันอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้⁶¹ แต่ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ค้ำประกันก็ต้องกำหนดไว้ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นว่ามีอำนาจในการทำสัญญาค้ำประกันด้วย⁶²

2) ในการค้ำประกันต้องมีนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ โดยที่ความผูกพันของผู้ค้ำประกันจะอยู่ในฐานะที่เป็นลูกหนี้ชั้นที่สองหรือเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้ ฉะนั้นการเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของสัญญาค้ำประกันนอกจากจะต้องขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาค้ำประกันเองแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาหลักหรือสัญญาประธานอีกด้วย⁶³ กล่าวคือ สัญญาประธานจะต้องไม่เกิดจากการกระทำอันเป็นโมฆะกรรม แต่สำหรับสัญญาประธานที่เป็นโมฆะกรรมนั้นกฎหมายให้ถือว่ามิผลสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกล้าง จึงอาจมีการค้ำประกันได้

นอกจากนี้ สำหรับหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข กฎหมายก็กำหนดให้สามารถเข้าทำสัญญาค้ำประกันได้⁶⁴ โดยหนี้ในอนาคต หมายถึง หนี้ที่อาจเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ในอนาคต⁶⁵ เช่น หนี้ตามสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี ในขณะที่หนี้มีเงื่อนไข หมายถึง หนี้ประธานที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนซึ่งหนี้นั้นจะสมบูรณ์เมื่อเงื่อนไขสำเร็จตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 183 วรรคหนึ่ง⁶⁶

3) ผู้ค้ำประกันต้องผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั่น กล่าวคือ ผู้ค้ำประกันจะต้องทำสัญญากับเจ้าหนี้และผูกพันตนเพื่อการชำระหนี้เท่านั้น

ดังนั้น เมื่อสัญญาค้ำประกันเป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ค้ำประกันไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเกินกว่าความรับผิดชอบของลูกหนี้ แต่ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันได้ทำข้อตกลงในสัญญาไว้กับเจ้าหนี้ว่าจะชำระเงินให้แก่เจ้าหนี้เกินกว่าความรับผิดชอบของลูกหนี้ ก็สามารถทำได้ และการตกลงเช่นนี้ก็ไม่ใช่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶⁷

⁶¹ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 19.

⁶² สุตา วิศรุตพิชญ์. กม.ค้ำประกัน- จำนองใหม่: หน่วยงานรัฐระวังเสียค่าไถ่. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.isranews.org/isra-news/item/33835-kk_33835.html [6 กันยายน 2559].

⁶³ ศาสตราจารย์ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ, หน้า 222.

⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคสอง บัญญัติว่า “สัญญาค้ำประกันต้องระบุหนี้หรือสัญญาที่ค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้งและผู้ค้ำประกันยอมรับผิดเฉพาะหนี้หรือสัญญาที่ระบุไว้เท่านั้น”

⁶⁵ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 16.

⁶⁶ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 33-34.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

3.1.3.2.2 แบบของสัญญาค้ำประกัน

สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องทำตามแบบ แต่หากจะมีการฟ้องร้องบังคับคดีเอาจากผู้ค้ำประกัน⁶⁸ จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ มิฉะนั้นจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้⁶⁹ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดแบบของสัญญาค้ำประกันไว้ แต่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 มาตรา 681 วรรคสาม ก็ได้กำหนดให้สัญญาค้ำประกันทุกประเภทต้องระบุหนี้หรือสัญญาที่ค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดอย่างไม่จำกัด⁷⁰

นอกจากนี้ หากเป็นการค้ำประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคสอง ก็กำหนดให้ผู้ค้ำประกันและเจ้าหนี้ต้องระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้รายที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกันด้วย ซึ่งหากเจ้าหนี้และผู้ค้ำประกันมิได้ตกลงกันไว้หรือตกลงไว้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 685/1 จึงอาจทำให้เกิดปัญหาได้ว่าการบังคับให้มีการระบุข้อความในลักษณะดังกล่าวลงในสัญญาค้ำประกัน จะทำให้สัญญาค้ำประกันกลายเป็นสัญญาที่มีแบบซึ่งจะส่งผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาค้ำประกันหรือไม่ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในบทที่ 4

3.1.3.3 ขอบเขตความรับผิดของธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกัน

สำหรับขอบเขตความรับผิดของผู้ค้ำประกันต่อเจ้าหนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันระหว่างผู้ค้ำประกันและเจ้าหนี้ แต่ผู้ค้ำประกันสามารถจำกัดความรับผิดของตนไว้ก็ได้ เช่น ผู้ค้ำประกันอาจจำกัดความรับผิดไว้ไม่เกินจำนวนวงเงินที่ได้กำหนดไว้ หรืออาจจะจำกัดระยะเวลาในการเรียกให้ผู้ค้ำประกันรับผิดไว้ เป็นต้น โดยจะต้องระบุข้อจำกัดความรับผิดไว้โดยชัดแจ้ง มิฉะนั้นความรับผิดของผู้ค้ำประกันย่อมรวมถึงดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนที่ลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าภาระติดพันอัน

⁶⁸ บริษัท เดชา แอนด์ โอบีเอส จำกัด. ผู้ค้ำประกันตามกฎหมายใหม่. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.decha.com/main/showTopic.php?id=11045> [7 กันยายน 2559].

⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 วรรคสอง บัญญัติว่า “อนึ่งสัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

⁷⁰ ศาสตราจารย์พิเศษ กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์, “กฎหมายค้ำประกัน-จำนองใหม่”, วารสารการเงินธนาคาร 392: 268.

เป็นอุปกรณ์แห่งหนึ่งรายนั้นด้วย⁷¹ ทั้งนี้ แม้ในสัญญาค้ำประกันจะมีได้ระบุข้อความให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบในภาระดังกล่าว แต่ผู้ค้ำประกันก็ไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบได้เพราะเป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

3.1.3.3.1 ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม

ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันทำสัญญาค้ำประกันโดยมีข้อตกลงให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้ร่วมหรือรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วม หรือข้อตกลงที่มีความมุ่งหมายให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับลูกหนี้ชั้นต้น⁷² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 มาตรา 681/1 กำหนดให้ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ แต่ไม่มีผลถึงข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาค้ำประกันด้วย⁷³

ต่อมาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 มาตรา 681/1 วรรคสอง โดยได้บัญญัติข้อยกเว้นสำหรับผู้ค้ำประกันที่เป็นนิติบุคคล ให้สามารถทำข้อตกลงยินยอมผูกพันตนเพื่อรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะลูกหนี้ร่วมได้⁷⁴ เนื่องจากโดยปกติในประเพณีทางปฏิบัติทางการค้า ธนาคารผู้ออกหนังสือค้ำประกันจะตกลงยินยอมรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมเพื่อทำให้หนังสือค้ำประกันนั้นมีความน่าเชื่อถือ ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับหนังสือค้ำประกันมีความมั่นใจได้ว่าหากเกิดเหตุผิดนัดขึ้น เจ้าหนี้จะสามารถเรียกให้ธนาคารที่เป็นผู้ค้ำประกันรับผิดชอบได้โดยไม่ยุ่งยาก ซึ่งจากการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อตกลงที่ทำให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมจึงอาจทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการตีความความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันที่เป็นนิติบุคคลในการเข้าผูกพันตนเพื่อรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วมได้ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในบทที่ 4

⁷¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 683 บัญญัติว่า “อันค้ำประกันอย่างไม่มีจำกัดนั้นย่อมคุ้มถึงดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งมีรายนั้นด้วย”

⁷² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1067/2552 ความรับผิดชอบของจำเลยที่ 2 ต่อโจทก์ตามหนังสือค้ำประกันเป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากการปฏิบัติผิดสัญญาของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเหตุให้จำเลยที่ 1 ต้องเสียค่าปรับตามสัญญาซื้อขายแก๊สจอก ประกอบกับหนังสือค้ำประกันระบุว่า ยอมผูกพันตนโดยไม่มีเงื่อนไขที่จะค้ำประกันชนิดเพิกถอนไม่ได้เช่นเดียวกับลูกหนี้ชั้นต้น และให้โจทก์เรียกร้องจากจำเลยที่ 2 ได้ทันทีโดยไม่ต้องเรียกร้องให้จำเลยที่ 1 ชำระหนี้ก่อนซึ่งมีลักษณะต้องร่วมรับผิดชอบอยู่แล้ว จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ชำระหนี้ให้โจทก์อย่างลูกหนี้ร่วม

⁷³ สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันและจำนอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558), หน้า 6.

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

3.1.3.3.2 ข้อตกลงเกี่ยวกับสัญญาค้ำประกันที่จะตกเป็นโมฆะ

เนื่องจาก ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้มักจะทำสัญญากับผู้ค้ำประกันโดยกำหนดให้ผู้ค้ำประกันต้องรับภาระหนักขึ้นและต้องรับผิดชอบข้อตกลงในสัญญาค้ำประกันเกินสมควร⁷⁵ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 มาตรา 685/1 จึงกำหนดให้การตกลงที่แตกต่างจากบทบัญญัติซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ค้ำประกันตกเป็นโมฆะ เนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷⁶ ส่วนข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาค้ำประกันยังคงมีผลสมบูรณ์เป็นไปตามหลักในเรื่องโมฆะแยกส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173 ส่งผลให้เสมือนว่าไม่มีข้อตกลงเช่นนั้นมาตั้งแต่ต้นและต้องกลับไปบังคับตามบทบัญญัติในเรื่องค้ำประกันตามที่กฎหมายกำหนด⁷⁷

3.1.3.4 ผลของสัญญาค้ำประกันก่อนที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้

3.1.3.4.1 หน้าที่ของเจ้าหนี้ก่อนที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้

เนื่องจากในทางปฏิบัติ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มักจะได้ดำเนินการอย่างไร้ประสิทธิภาพและไม่ได้อำนาจให้ผู้ค้ำประกันทราบถึงการผิดนัดที่เกิดขึ้น จึงทำให้ผู้ค้ำประกันไม่อาจรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 มาตรา 686 จึงได้กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องมีหนังสือบอกกล่าวแจ้งไปยังผู้ค้ำประกันเพื่อให้ทราบถึงการผิดนัดภายใน 60 วันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด จึงจะสามารถเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหนี้และผู้ค้ำประกันทำข้อตกลงเกี่ยวกับการค้ำประกันแตกต่างไปจากมาตรา 686 กำหนดแล้ว ไม่ว่าจะทำในสัญญาค้ำประกันหรือสัญญาอื่นใด ข้อตกลงดังกล่าวก็จะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 685/1

3.1.3.4.2 สิทธิของผู้ค้ำประกันก่อนที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้

⁷⁵ อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 38.

⁷⁶ สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันและจำนอง, หน้า 10.

⁷⁷ อานนท์ ศรีบุญโรจน์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 40.

1) สิทธิของผู้ค้าประกันในกรณีที่ลูกหนี้ไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขของลูกหนี้แม้จะยังไม่ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิฟ้องลูกหนี้ได้ทันที แต่เจ้าหนี้ไม่อาจอ้างสิทธิดังกล่าวเพื่อฟ้องผู้ค้าประกันให้ชำระหนี้ได้ เพราะผู้ค้าประกันยังสามารถถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไข⁷⁸ ผู้ค้าประกันจึงไม่ต้องรับผิดชอบก่อนถึงกำหนดเวลาที่ชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้เดิม

2) สิทธิเกี่ยวของผู้ค้าประกัน กล่าวคือ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ก่อนที่ผู้ค้าประกันจะทำการชำระหนี้ ผู้ค้าประกันมีสิทธิเกี่ยวให้เจ้าหนี้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ก่อนได้

2.1) ผู้ค้าประกันมีสิทธิเกี่ยวให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้เอากับลูกหนี้ก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 688⁷⁹ เว้นแต่กรณีที่ลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวตามกฎหมายล้มละลาย หรือกรณีที่ไม่ปรากฏว่าลูกหนี้อยู่แห่งใดในประเทศไทย หรือลูกหนี้อยู่ในต่างประเทศ ผู้ค้าประกันจะใช้สิทธิเกี่ยวให้เจ้าหนี้ไปบังคับเอากับลูกหนี้ก่อนไม่ได้ ทั้งนี้ การใช้สิทธิเกี่ยวดังกล่าวมิได้ทำให้ผู้ค้าประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบแต่อย่างใด

2.2) ผู้ค้าประกันมีสิทธิเกี่ยวขอให้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 689⁸⁰ แต่จะต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้และผู้ค้าประกันถูกฟ้องเป็นคดีเดียวกันเท่านั้น⁸¹ ดังนั้นในกรณีที่ผู้ค้าประกันถูกฟ้องคดีต่อศาลและผู้ค้าประกันสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ทั้งหมดหรือบางส่วน และการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ไม่เป็นการยาก ผู้ค้าประกันก็สามารถใช้สิทธิเกี่ยวให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา⁸²นี้ได้

2.3) ผู้ค้าประกันมีสิทธิเกี่ยวให้เป็นหนี้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 690⁸² ซึ่งใช้ในกรณีที่การค้าประกันนั้น ลูกหนี้ได้มอบทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไว้เป็นหลักประกัน ผู้ค้าประกันย่อมมีสิทธิร้องขอให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันก่อนได้

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 687 บัญญัติว่า “ผู้ค้าประกันไม่จำต้องชำระหนี้ก่อนถึงเวลาที่กำหนดที่จะชำระ แม้ถึงว่าลูกหนี้จะไม่อาจถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเวลาสิ้นสุดได้ต่อไปแล้ว”

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 688 บัญญัติว่า “เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ ผู้ค้าประกันจะขอให้เรียกลูกหนี้ชำระก่อนก็ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายเสียแล้ว หรือไม่ปรากฏว่าลูกหนี้อยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขต”

⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 689 บัญญัติว่า “ถึงแม้จะได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ดังกล่าวมาแล้วในมาตรา ก่อนนั้นแล้วก็ตาม ถ้าผู้ค้าประกันพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้มีทางที่จะชำระหนี้ได้ และการที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้เช่นนั้นไม่เป็นการยากไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องบังคับชำระหนี้รายนั้นเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน”

⁸¹ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้าประกัน จำนวน 69, หน้า 69.

⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 690 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้มีทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่เป็นประกันไซ้ เมื่อผู้ค้าประกันร้องขอ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องให้ชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินเป็นประกันนั้นก่อน”

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิเกี่ยวเหล่านี้เป็นสิทธิของผู้ค้าประกันเท่านั้น ซึ่งผู้ค้าประกัน จะใช้สิทธิหรือไม่ก็ได้ หากผู้ค้าประกันสละสิทธิเกี่ยวดังกล่าวและเข้าชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ตามสัญญา ค้ำประกันไป ผู้ค้าประกันก็ยังมีสิทธิไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ได้เต็มจำนวน เพราะผู้ค้าประกันมิได้สละ สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 693 และมาตรา 697 ไปด้วย⁸³ ลูกหนี้จะยกเอา เหตุที่ผู้ค้าประกันไม่ใช้สิทธิเกี่ยวมาเพื่อปฏิเสธสิทธิไต่เบี่ยของผู้ค้าประกันไม่ได้ เพราะเป็นสิทธิของผู้ ค้ำประกันไม่ใช่เรื่องข้อต่อสู้ของลูกหนี้ที่หากผู้ค้าประกันไม่ยกขึ้นต่อสู้จะทำให้ผู้ค้าประกันสิ้นสิทธิไต่ เบี่ยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 695⁸⁴ นอกจากนี้ สิทธิเกี่ยวดังกล่าวก็มีใช้เรื่อง เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เจ้าหนี้และผู้ค้าประกันจึงสามารถ กำหนดข้อตกลงยกเว้นได้

3) สิทธิของผู้ค้าประกันในกรณีที่เจ้าหนี้กับลูกหนี้ตกลงกันอันมีผลเป็นการลดจำนวนหนี้ที่มี การค้ำประกัน พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 ตามมาตรา 691 ได้กำหนดให้ผู้ค้าประกันมีสิทธิได้รับประโยชน์จากการที่เจ้าหนี้ตกลงลด จำนวนหนี้ที่มีการค้ำประกันให้แก่ลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้ต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้ค้าประกันทราบถึงข้อตกลง ที่มีผลเป็นการลดจำนวนหนี้ภายในกำหนด 60 วัน นับแต่วันที่ได้ตกลงกันนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม หาก เจ้าหนี้ไม่ได้แจ้งให้ผู้ค้าประกันทราบถึงข้อตกลงลดหนี้ดังกล่าว หากภายหลังเจ้าหนี้เพิ่งมีหนังสือแจ้ง ให้ผู้ค้าประกันทราบเมื่อล่วงเลยกำหนดเวลาชำระหนี้ตามที่ได้ลดแล้ว ผู้ค้าประกันก็มีสิทธิชำระหนี้ ตามที่ได้ลดภายใน 60 วัน นับแต่วันที่เจ้าหนี้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ค้าประกันทราบถึงข้อตกลงลดหนี้⁸⁵

ทั้งนี้ โดยปกติ ในกรณีที่เจ้าหนี้ตกลงกับลูกหนี้ในการปรับโครงสร้างหนี้ภายหลังจากที่ลูกหนี้ ผิดนัดแล้ว จะมีการขยายระยะเวลาชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ด้วย ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 691 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย ได้กำหนดว่าข้อตกลงที่เจ้าหนี้ทำกับลูกหนี้ขึ้นภายหลังจากที่ลูกหนี้ ผิดนัดชำระหนี้แล้ว แม้จะมีการขยายระยะเวลาชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ด้วย ก็ไม่ถือเป็นการผ่อนเวลา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 700

4) สิทธิของผู้ค้าประกันเมื่ออายุความสะดุดหยุดลง ในกรณีที่ลูกหนี้ทำให้อายุความสะดุดหยุด ลงด้วยเหตุใด ๆ เช่น ลูกหนี้รับสภาพหนี้ตามสิทธิเรียกร้องโดยทำเป็นหนังสือรับสภาพหนี้ให้ ชำระหนี้ ให้บางส่วนชำระดอกเบี้ย เป็นต้น อันเป็นโทษแก่ตัวลูกหนี้เอง ย่อมมีผลเป็นโทษแก่ผู้ค้าประกันด้วย ทำให้ระยะเวลาที่ล่วงไปก่อนนั้นไม่นับเข้าในอายุความ และจะเริ่มนับอายุความใหม่เมื่อเหตุที่ทำให้ อายุความสะดุดหยุดลงสิ้นสุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/15

⁸³ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 70.

⁸⁴ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 41.

⁸⁵ สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม, ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันและจำนอง, หน้า 18.

5) สิทธิของผู้ค้าประกันที่ไม่ต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้ค้าประกันจะต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมด้วย เว้นแต่เจ้าหนี้จะฟ้องโดยไม่ได้เรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 684⁸⁶ อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหนี้ฟ้องผู้ค้าประกันให้ชำระหนี้ ไม่ว่าจะฟ้องลูกหนี้ขึ้นต้นด้วยหรือไม่ก็ตาม แม้เจ้าหนี้จะไม่ได้เรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ก่อน ศาลก็ใช้อำนาจตามมาตรา 161 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่งให้ผู้ค้าประกันใช้ค่าฤชาธรรมเนียมในคดีแทนเจ้าหนี้ซึ่งเป็นโจทก์ได้ และผู้ค้าประกันจะอ้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 684 มาปฏิเสธความรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมไม่ได้ แต่ในคดีที่เจ้าหนี้ฟ้องลูกหนี้ขึ้นต้นเพียงคนเดียว ถ้าเจ้าหนี้ไม่ได้ชำระหนี้เต็มจำนวนรวมทั้งค่าฤชาธรรมเนียม เจ้าหนี้จึงต้องฟ้องผู้ค้าประกันเป็นคดีที่สอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 684 ก็กำหนดให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมที่ลูกหนี้ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ในคดีแรกด้วย เว้นแต่เจ้าหนี้จะฟ้องคดีแรกโดยไม่ได้เรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ก่อน⁸⁷

3.1.3.5 ผลของสัญญาผู้ค้าประกันหลังจากที่เจ้าหนี้เรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้

3.1.3.5.1 หน้าที่ของผู้ค้าประกันหลังจากที่เจ้าหนี้เรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้

1) ผู้ค้าประกันมีหน้าที่ต้องยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ แม้ผู้ค้าประกันจะไม่ยกข้อต่อสู้ของตนเองขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ก็ตาม แต่ผู้ค้าประกันยังมีหน้าที่ต้องยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้กับเจ้าหนี้ด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 694⁸⁸ แต่หากผู้ค้าประกันละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้โดยรู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 695 ก็กำหนดให้ผู้ค้าประกันสิ้นสิทธิไล่เบี้ยจากลูกหนี้เพียงเท่าที่ไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เว้นแต่ ผู้ค้าประกันนำสืบให้เห็นได้ว่า ผู้ค้าประกันมิได้รู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นนั้น และการที่ไม่รู้ก็มีได้เป็นความผิดของผู้

⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 684 บัญญัติว่า “ผู้ค้าประกันย่อมรับผิดชอบเพื่อค่าฤชาธรรมเนียมความซึ่ง ลูกหนี้จะต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ แต่ถ้าโจทก์ฟ้องคดีโดยมิได้เรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ขึ้นก่อนไซ้ ท่านว่าผู้ค้าประกันหาต้องรับผิดชอบเพื่อใช้ ค่าฤชาธรรมเนียมเช่นนั้นไม่”

⁸⁷ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ผู้ค้าประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 52-53.

⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 694 บัญญัติว่า “นอกจากข้อต่อสู้ซึ่งผู้ค้าประกันขึ้นต่อเจ้าหนี้แล้ว ท่านว่าผู้ค้าประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลายซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย”

ค้ำประกัน ดังนั้น หากได้ทำข้อตกลงในขณะที่เข้าทำสัญญาค้ำประกันว่าจะไม่ยกข้อต่อสู้ใด ๆ ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ หรือผู้ค้ำประกันสละสิทธิไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ตามมาตรา 694 นี้ย่อมตกเป็นโมฆะตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 มาตรา 685/1

2) ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แล้วต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้

โดยปกติเมื่อผู้ค้ำประกันถูกเจ้าหนี้เรียกให้ชำระหนี้และผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ไปแล้ว ผู้ค้ำประกันมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ลูกหนี้ทราบเพื่อใช้สิทธิไต่เบี่ย หากผู้ค้ำประกันไม่ได้บอกกล่าวแก่ลูกหนี้และลูกหนี้ได้ไปชำระหนี้ซ้ำอีก ผู้ค้ำประกันย่อมสิ้นสิทธิไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 696 แต่ผู้ค้ำประกันมีสิทธิฟ้องเจ้าหนี้เพื่อเรียกคืนฐานลามิควรได้เท่านั้น⁸⁹

3.1.3.5.2 สิทธิของผู้ค้ำประกันภายหลังจากที่เจ้าหนี้เรียกให้ชำระหนี้

1) สิทธิในการยกข้อต่อสู้ของผู้ค้ำประกันเอง กล่าวคือ ผู้ค้ำประกันย่อมมีสิทธิยกข้อต่อสู้ของตนเองขึ้นเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ได้ เพราะผู้ค้ำประกันเป็นลูกหนี้ตามสัญญาค้ำประกันจึงมีสิทธิยกข้อต่อสู้ใด ๆ ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ซึ่งเป็นคู่สัญญาของตนได้⁹⁰ เช่น ข้อต่อสู้ว่าสัญญาค้ำประกันไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันจึงฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ตามมาตรา 680 วรรคสอง หรือผู้ค้ำประกันได้แสดงเจตนาไปโดยถูกฉ้อฉลหรือถูกข่มขู่และบอกกล่าวแสดงเจตนาอันเป็นโมฆียกรรมนั้นแล้ว เป็นต้น

2) ผู้ค้ำประกันมีสิทธิไต่เบี่ยและรับช่วงสิทธิ กล่าวคือ ภายหลังจากที่เจ้าหนี้เรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้และผู้ค้ำประกันได้ปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันย่อมมีสิทธิไต่เบี่ยเอาทั้งต้นเงิน ดอกเบี่ย และค่าเสียหายใด ๆ ที่ต้องจ่ายไปเพราะการค้ำประกันนั้นจากลูกหนี้⁹¹ และยังสามารถเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้บรรดาที่มีเหนือลูกหนี้⁹² ได้อีกด้วย ซึ่งการใช้สิทธิไต่เบี่ยเอาจาก

⁸⁹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย ค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 57.

⁹⁰ สุตา วิศรุตพิชญ์, หลักกฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 49-60.

⁹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 693 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ค้ำประกันซึ่งได้ชำระหนี้แล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ เพื่อต้นเงินกับดอกเบี่ยและเพื่อการที่ต้องสูญหายหรือเสียหายไปอย่างใด ๆ เพราะการค้ำประกันนั้น”

⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 693 วรรคสอง บัญญัติว่า “อนึ่ง ผู้ค้ำประกันย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้บรรดาที่มีเหนือลูกหนี้ด้วย”

ลูกหนี้ นั้น ผู้ค้ำประกันมีสิทธิไล่เบียดได้ภายในอายุความ 10 ปี นับจากวันที่ผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้⁹³

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อเจ้าหนี้โดยมีข้อสัญญาพิเศษยอมรับผิดเกินกว่าความรับผิดของลูกหนี้แล้ว การชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันเฉพาะส่วนที่เกินความรับผิดของลูกหนี้ไม่ใช่เป็นการชำระหนี้ของลูกหนี้ แต่เป็นการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันเองตามข้อสัญญาพิเศษ ผู้ค้ำประกันจะอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 693 มาเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้คืนหรือไล่เบียดไม่ได้ และจะรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ก็ไม่ได้เช่นกัน⁹⁴

3) ผู้ค้ำประกันมีสิทธิหลุดพ้นจากความรับผิด ในกรณีที่เจ้าหนี้ทำให้ผู้ค้ำประกันไม่สามารถรับช่วงสิทธิแทนเจ้าหนี้ได้ เช่น เจ้าหนี้ปลดจำนองหรือปลดจำนำให้แก่ลูกหนี้ เป็นต้น จะเป็นการหลุดพ้นความรับผิดเพียงเท่าที่ผู้ค้ำประกันต้องเสียหายเท่านั้น มิได้ทำให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดโดยสิ้นเชิง เว้นแต่ความเสียหายที่ผู้ค้ำประกันไม่อาจเข้ารับช่วงสิทธิได้นั้นจะเป็นจำนวนทั้งหมดของหนี้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 697 นี้ มิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ค้ำประกันและเจ้าหนี้จึงสามารถทำข้อตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้⁹⁵

3.1.3.6 การระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกัน

นอกจากสัญญาค้ำประกันจะระงับสิ้นไปตามหลักทั่วไปของสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 แล้ว สัญญาค้ำประกันอาจระงับได้ด้วยเหตุดังต่อไปนี้

1) กรณีหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไป เมื่อหนี้ของลูกหนี้ซึ่งเป็นหนี้ประธานระงับสิ้นไป สัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นเพียงหนี้อุปกรณีย่อมระงับสิ้นไปด้วย เพราะสัญญาค้ำประกันเกิดขึ้นและมีอยู่เพื่อประกันการชำระหนี้ตามสัญญาประธาน โดยจะต้องเป็นการระงับสิ้นไปทั้งหมด มิใช่เป็นเพียงการระงับบางส่วน อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหนี้และผู้ค้ำประกันทำข้อตกลงเพิ่มเติมว่าในกรณีที่หนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่มีผลทำให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดไปด้วยนั้น จะมีผลทำให้ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 685/1

2) กรณีผู้ค้ำประกันบอกเลิกการค้ำประกัน ซึ่งโดยหลักเมื่อผู้ค้ำประกันทำสัญญาค้ำประกันแล้ว ย่อมต้องผูกพันตามสัญญาค้ำประกันจนกว่าหนี้ประธานที่ตนเข้าค้ำประกันนั้นจะระงับ ซึ่งผู้ค้ำ

⁹³ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 53.

⁹⁴ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 83.

⁹⁵ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, หน้า 59.

ประกันจะบอกเลิกสัญญาโดยเจ้าหนี้ไม่ได้ให้ความยินยอมไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 ซึ่งให้สิทธิคู่สัญญาในการตกลงเลิกสัญญาได้ตามข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม สำหรับการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้มีบัญญัติไว้เฉพาะกรณีการค้าประกันกิจการเนื่องกันไปหลายคราวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 699 ซึ่งผู้ค้าประกันมีสิทธิบอกกล่าวเลิกสัญญาได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ ทำให้ผู้ค้าประกันไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังคำบอกกล่าวไปถึงเจ้าหนี้ แต่ยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนเลิกสัญญาการค้าประกันเท่านั้น

3) กรณีเจ้าหนี้ผ่อนเวลาให้กับลูกหนี้ ให้ความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันมีกำหนดระยะเวลาอย่างไม่จำกัด⁹⁶ และอาจทำให้จำนวนความรับผิดชอบในหนี้ของผู้ค้าประกันอาจเพิ่มขึ้นได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 700 จึงกำหนดให้ผู้ค้าประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเมื่อเจ้าหนี้ยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้⁹⁷ ทั้งนี้ ไม่กระทบต่อผู้ค้าประกันซึ่งเป็นสถาบันการเงินหรือผู้ค้าประกันที่ค้าประกันเพื่อสินจ้างเป็นปกติธุระซึ่งอาจตกลงล่วงหน้ายอมให้เจ้าหนี้ผ่อนเวลาชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ได้ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558 มาตรา 700 วรรคสาม

4) กรณีเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้จากผู้ค้าประกัน ในกรณีที่ลูกหนี้ยังไม่ตกเป็นผู้ผิดนัด ผู้ค้าประกันก็อาจขอเข้าชำระหนี้ได้ หากเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ ผู้ค้าประกันก็ยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิด แต่ถ้าผู้ค้าประกันขอชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วและเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ ผู้ค้าประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด⁹⁸

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3.2 หลักกฎหมายที่นำมาปรับบังคับใช้กับการดำเนินคดีในศาล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดถึงกระบวนการพิจารณาทางแพ่งของศาล เป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายหรือความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการที่เอกชนมีความสัมพันธ์กันทางแพ่ง โดยศาลจะเป็นผู้นำหลักกฎหมายสารบัญญัติมาปรับใช้กับคดีแพ่งแต่ละคดี⁹⁹

⁹⁶ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้าประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 96.

⁹⁷ ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล, คำอธิบาย ค้าประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 66.

⁹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 701 บัญญัติว่า “ผู้ค้าประกันจะขอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตั้งแต่มื่อถึงกำหนดชำระก็ได้ถ้าเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ ผู้ค้าประกันก็เป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิด”

⁹⁹ ดร.วรรณชัย บุญบำรุงและคณะ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 104.

3.2.1 หลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

3.2.1.1 หลักเกณฑ์การฟ้องคดีต่อศาล

โดยทั่วไปแล้ว บุคคลที่มีสิทธินำคดีแพ่งขึ้นฟ้องร้องต่อศาลจะต้องมีเหตุตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 กำหนดไว้ 2 ประการ คือ มีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง หรือมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล ทั้งนี้ ผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีหรือถูกฟ้องคดีอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

3.2.1.2 หลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาล

เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย มิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าหากมีข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับองค์กรประกอบระหว่างประเทศ เช่น คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลต่างด้าว จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ดังนั้นศาลไทยจึงใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเกณฑ์ในการรับฟ้อง ซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4¹⁰⁰ โดยกฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่โจทก์ในการเสนอคำฟ้องต่อศาลใดศาลหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) ยื่นฟ้องต่อเขตศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนา โดยให้ถือภูมิลำเนาของจำเลยขณะที่ยื่นฟ้องเป็นหลัก แม้ว่าในขณะที่เกิดข้อพิพาทนั้นจำเลยจะมีภูมิลำเนาในที่อื่นก็ตาม ในกรณีที่จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่จริงในราชอาณาจักรขณะยื่นฟ้อง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 3 (2)¹⁰¹ ให้ถือว่าจำเลยมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หากจำเลยเคยมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรภายในกำหนด 2 ปี ก่อนวันที่มีการเสนอคำฟ้อง หรือจำเลยประกอบหรือเคยประกอบกิจการทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในราชอาณาจักรไม่ว่าโดยตนเอง ตัวแทน หรือผู้ติดต่อในราชอาณาจักร ให้ถือว่าสถานที่ใช้หรือเคยใช้

¹⁰⁰ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 96.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3 (2) บัญญัติว่า “ในกรณีที่จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร

(ก) ถ้าจำเลยเคยมีภูมิลำเนาอยู่ ณ ที่ใดในราชอาณาจักรภายในกำหนดสองปีก่อนวันที่มีการเสนอคำฟ้อง ให้ถือว่าที่นั้นเป็นภูมิลำเนาของจำเลย

(ข) ถ้าจำเลยประกอบหรือเคยประกอบกิจการทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในราชอาณาจักรไม่ว่าโดยตนเองหรือตัวแทน หรือโดยมีบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้ติดต่อในการประกอบกิจการนั้นในราชอาณาจักร ให้ถือว่าสถานที่ที่ใช้หรือเคยใช้ประกอบกิจการหรือติดต่อดังกล่าว หรือสถานที่อันเป็นที่อยู่ของตัวแทนหรือของผู้ติดต่อในวันที่มีการเสนอคำฟ้องหรือภายในกำหนดสองปีก่อนนั้น เป็นภูมิลำเนาของจำเลย”

ประกอบกิจการหรือติดต่อหรือเป็นถิ่นที่อยู่ของตัวแทนหรือผู้ติดต่อในวันที่มีการเสนอคำฟ้องหรือภายในกำหนด 2 ปี ก่อน

2) ยื่นฟ้องต่อเขตศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปมูลคดีหรือเหตุอันเป็นที่มาแห่งการโต้แย้งสิทธิอันจะทำให้มีอำนาจฟ้อง อาจเกิดขึ้นได้หลายสถานที่

สำหรับกรณีที่จำเลยมิได้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร และมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร หากโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทย หรือมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ตรี ให้สิทธิโจทก์สามารถฟ้องคดีอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิหรือประโยชน์อันเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 ทวิ ต่อศาลแพ่งหรือศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาในเขตศาลได้

อย่างไรก็ตาม ในยุคโลกาภิวัตน์ที่โลกไร้พรมแดน การทำสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศมีมากขึ้น จึงความจำเป็นจะต้องมีการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเพื่อพิจารณาปัญหาข้อพิพาทเฉพาะเรื่อง¹⁰² และสำหรับการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะองค์ประกอบระหว่างประเทศ ศาลชำนาญพิเศษอาจจะเข้ามามีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ได้แก่ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ โดยศาลดังกล่าวจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา โดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539¹⁰³ ได้กำหนดให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมี

¹⁰² สุพิศ ปราณีตพลกรัง, การดำเนินคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: อินเทอร์เน็ตบุ๊คส์, 2544), หน้า 6.

¹⁰³ มาตรา 7 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

- (1) คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร
- (2) คดีอาญาเกี่ยวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ถึงมาตรา 275
- (3) คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และคดีพิพาทตามสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

(4) คดีแพ่งอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ถึงมาตรา 275

(5) คดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้า หรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัยและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง

(6) คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมตาม (5) การส่งเงินเข้ามาในราชอาณาจักรหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ทรัสต์รีซีพ รวมทั้งการประกันเกี่ยวกับกิจการดังกล่าว

(7) คดีแพ่งเกี่ยวกับการกักเรือ

(8) คดีแพ่งเกี่ยวกับการทุ่มตลาด และการอุดหนุนสินค้าหรือการให้บริการจากต่างประเทศ

อำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับคดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และคดีพิพาทตามสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ คดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้า หรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัยและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง และคดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิต การส่งเงินเข้ามาในราชอาณาจักรหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ทรัสต์รีซีท รวมทั้งการประกันเกี่ยวกับกิจการดังกล่าว เป็นต้น

3.2.2 หลักทั่วไปของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน

คำว่า “พยาน” ในทางกฎหมายมีความหมายว่าสิ่งที่จะนำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่อศาลและศาลอาจรับฟังได้ ดังนั้นการจะรับฟังคำพยานได้หรือไม่นั้นจะต้องผ่านขั้นตอนและกระบวนการพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในกฎหมายลักษณะพยานเสียก่อน¹⁰⁴

3.2.2.1 ประเภทของพยานหลักฐานที่ศาลจะรับฟังเพื่อวินิจฉัยคดี

พยานหลักฐานที่ศาลจะรับฟังเพื่อวินิจฉัยคดีจะต้องเป็นพยานหลักฐานต้องเป็นพยานหลักฐานในสำนวน¹⁰⁵ และจะต้องเป็นมีคุณสมบัติบังคับซึ่งถึงข้อเท็จจริงที่พิพาทกันในคดีได้¹⁰⁶ ซึ่งมีหลายประเภท ดังนี้

1) แบ่งตามวิธีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ สามารถแบ่งได้เป็น พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ

(9) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในการออกแบบวงจรรวม การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ ข้อทางการค้า ข้อทางภูมิศาสตร์ที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า ความลับทางการค้าและการคุ้มครองพันธุ์พืช

(10) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

(11) คดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตาม (3) ถึง (10)

คดีที่มีอยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวไม่อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

¹⁰⁴ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายลักษณะพยาน พยานเอกสาร, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552).

¹⁰⁵ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. การรับฟังพยานหลักฐาน. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/PDF/Lecture/LectureTerm2/01_phon_phet_wichit_c_hon_chai/pompech_2_55.ppt [10 มิถุนายน 2558].

¹⁰⁶ พยานหลักฐานในสำนวน. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/.../pompech_9_54.ppt [10 มิถุนายน 2558].

2) แบ่งตามการเปรียบเทียบระหว่างพยานหลักฐานหลายชั้นที่มุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงเดียวกัน สามารถแบ่งได้เป็น พยานชั้นหนึ่ง ซึ่งหมายถึง พยานหลักฐานชั้นที่ดีที่สุดในบรรดาพยานหลักฐานทั้งหมด และพยานชั้นสอง ซึ่งหมายถึง พยานหลักฐานในลำดับรองลงมา

3) แบ่งโดยพิจารณาจากความใกล้ชิดของข้อเท็จจริงที่พยานมุ่งพิสูจน์กับประเด็นพิพาทในคดี สามารถแบ่งได้เป็น พยานโดยตรง ซึ่งหมายถึง พยานหลักฐานที่มุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นประเด็นข้อพิพาทในคดีโดยตรง และพยานแวดล้อม ซึ่งหมายถึง พยานหลักฐานที่มุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงอื่นที่บ่งชี้ว่าข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นพิพาทน่าจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้น

4) แบ่งโดยพิจารณาจากความใกล้ชิดระหว่างพยานหลักฐานกับข้อเท็จจริงที่พยานมุ่งพิสูจน์ สามารถแบ่งได้เป็น ประจักษ์พยาน และพยานบอกเล่า

อย่างไรก็ตาม แม้พยานหลักฐานทุกประเภทดังกล่าวจะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีได้ แต่บางกรณีกฎหมายก็ห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานบางประเภทไว้ โดยถือว่าพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ หรือที่เรียกว่า “บทตัดพยานหลักฐาน” เช่น พยานเอกสารที่ไม่ปิดอากรแสตมป์ หรือกรณีที่มีการสืบพยานบุคคลแทนหรือแก้ไขพยานเอกสาร เป็นต้น

3.2.2.2 ภาระการพิสูจน์และระเบียบวิธีการนำสืบพยานหลักฐาน

3.2.2.2.1 ภาระการพิสูจน์

ภาระการพิสูจน์ หมายถึง หน้าที่ที่คู่ความฝ่ายหนึ่งจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาล เพื่อให้ศาลเห็นจริงตามที่กล่าวอ้าง เพื่อกำหนดประเด็นข้อพิพาทในคดีได้ต่อไป

เนื่องจากภาระการพิสูจน์มีความสำคัญต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาสืบพยานของคู่ความมาก กฎหมายจึงต้องมีการวางหลักเกณฑ์วิธีกำหนดภาระการพิสูจน์ให้เป็นที่แน่นอน โดยมีได้ให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจกำหนดได้เอง ซึ่งการวินิจฉัยกำหนดภาระการพิสูจน์มีหลักเกณฑ์¹⁰⁷ ดังนี้

- 1) หลักเรื่องผู้ใดอ้างข้อเท็จจริงใด ย่อมต้องมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น
- 2) หลักเรื่องการสันนิษฐาน กล่าวคือ หากมีข้อเท็จจริงหนึ่งเกิดขึ้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีข้อเท็จจริงอีกข้อหนึ่งเกิดขึ้นด้วย เว้นแต่จะมีการนำสืบให้เห็นเป็นอย่างอื่น ดังนั้น คู่ความฝ่ายที่จะอ้างประโยชน์จากข้อสันนิษฐานก็มีหน้าที่เพียงสืบพยานว่ามีข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐานเกิดขึ้น ก็จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน ถ้าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้แย้งก็ต้องมีภาระการพิสูจน์

¹⁰⁷เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), หน้า 59-60.

- 3) หลักเรื่องความผิดปกติธรรมดา ซึ่งศาลจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าทุก ๆ สิ่งย่อมเป็นไปตามธรรมดา ดังนั้น ถ้าคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่ผิดธรรมดา ฝ่ายนั้นต้องมีภาระการพิสูจน์
- 4) หลักเรื่องข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของฝ่ายตนโดยเฉพาะ คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์

3.2.2.2 ระเบียบวิธีการนำสืบพยานหลักฐาน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 85 บัญญัติว่า “คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานใด ๆ มาสืบได้ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นว่าด้วยการรับฟังและการยื่นพยานหลักฐาน” จึงสามารถแบ่งวิธีการนำสืบพยานหลักฐานได้เป็น 4 วิธี คือ

- 1) การนำสืบข้อเท็จจริงตามฟ้องของโจทก์
- 2) การนำสืบข้อเท็จจริงตามคำให้การของจำเลย
- 3) การนำสืบหักล้างของฝ่ายโจทก์ เมื่อจำเลยให้การในลักษณะยกข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นใหม่ขึ้นมา หากโจทก์เห็นว่าข้ออ้างของจำเลยไม่เป็นความจริง โจทก์ย่อมจะนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างในชั้นสืบพยานได้
- 4) การนำสืบหักล้างของฝ่ายจำเลย เป็นกรณีที่จำเลยนำสืบตามประเด็นที่ตั้งไว้ในคำให้การ อันมีผลเป็นการสืบหักล้างโจทก์อยู่ในตัว

3.2.2.3 หลักเกณฑ์การอ้างพยานเอกสารเป็นพยานหลักฐานในคดี

พยานเอกสาร หมายความว่า ข้อมูลที่บันทึกไว้ในสื่อชนิดใดก็ตาม ซึ่งสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่พิพาทในคดีได้ และนำสื่อชนิดที่บันทึกข้อมูลมาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลก็ถือเป็นพยานเอกสาร และหมายความรวมถึงสื่อที่บันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือสื่อสารสนเทศอื่น ๆ ด้วย¹⁰⁸ ดังนั้น การอ้างเอกสารในฐานะพยานเอกสาร คือ การอ้างข้อความหรือการสื่อความหมายที่ปรากฏอยู่ในเอกสารนั้นเป็นพยานโดยอาศัยการสื่อความหมายเพื่อพิสูจน์ความจริง¹⁰⁹ ทั้งนี้ คำแปลเอกสารภาษาต่างประเทศไม่ถือเป็นพยานเอกสารในคดี เป็นเพียงคำแปลความหมายของพยานเอกสารภาษาต่างประเทศเท่านั้น จึงไม่ใช่พยานเอกสาร

¹⁰⁸ มรกต ศรีจรรณรัตน์, "พยานเอกสาร", วารสารรามคำแหง 26: 110.

¹⁰⁹ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายลักษณะพยาน พยานเอกสาร, หน้า 14.

3.2.2.3.1 ประเภทของพยานเอกสาร

1) เอกสารมหาชน เป็นเอกสารที่กระทำขึ้นโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกระทำเอกสารนั้น โดยข้อความในเอกสารต้องเป็นเรื่องพาดพิงไปถึงประชาชนไม่ว่าเฉพาะบางคนหรือทุกคนเป็นส่วนรวม และประชาชนมีสิทธิใช้ประโยชน์จากเอกสารนั้นได้ เช่น หนังสือรับรองต่าง ๆ หนังสือราชการงานศึกษา หรือหลักฐานทางทะเบียนรายงานของทางราชการ เป็นต้น

2) เอกสารราชการ ในกรณีที่เอกสารราชการนั้นอยู่ที่หน่วยงานราชการ กฎหมายก็อนุญาตให้ใช้สำเนาที่เจ้าหน้าที่รับรองว่าถูกต้องเป็นพยานหลักฐานแทนต้นฉบับเอกสารได้¹¹⁰ แต่หากเอกสารราชการดังกล่าวเป็นความลับทางราชการก็จะนำมาเป็นพยานหลักฐานไม่ได้¹¹¹

3) เอกสารเอกชน หมายถึง หนังสือที่มีใช้เอกสารมหาชน จะเป็นหนังสือที่ราษฎรทำขึ้นหรือเจ้าหน้าที่ทำขึ้นในทางราชการก็ดี ถ้าไม่มีลักษณะที่จะให้ประชาชนตรวจดูและใช้ประโยชน์ได้แล้ว หนังสือนั้นก็เป็นที่เอกสารเอกชนเท่านั้น

3.2.2.3.2 การนำสืบพยานเอกสาร

1) คู่ความฝ่ายใดประสงค์จะนำเอกสารมาสืบสนับสนุนคดีของตน จะต้องส่งสำเนาเอกสารนั้นให้ศาลและคู่ความฝ่ายตรงข้ามล่วงหน้าก่อนการนำสืบเอกสารนั้นตามกำหนดเวลาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 90 วรรคหนึ่งหรือวรรคสองแล้วแต่กรณี ซึ่งหากคู่ความฝ่ายใดปฏิบัติไม่ถูกต้อง ศาลก็จะรับฟังเอกสารนั้นเป็นพยานเอกสารไม่ได้ เว้นแต่ศาลจะเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจำเป็นต้องสืบพยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวกับประเด็นสำคัญในคดี ก็ให้ศาลรับฟังได้

2) คู่ความจะต้องนำต้นฉบับเอกสารมาสืบ¹¹² จะนำสำเนามาสืบแทนต้นฉบับไม่ได้ เว้นแต่คู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตกลงกันว่าสำเนาเอกสารนั้นถูกต้องแล้ว จึงให้ศาลยอมรับฟังสำเนา

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 (3) บัญญัติว่า “ต้นฉบับเอกสารที่อยู่ในความอารักขาหรือในความควบคุมของทางราชการนั้นจะนำมาแสดงได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากทางราชการที่เกี่ยวข้องเสียก่อน อนึ่ง สำเนาเอกสารซึ่งผู้มีอำนาจหน้าที่รับรองว่าถูกต้องแล้ว ให้ถือว่าเป็นอันเพียงพอในการที่จะนำมาแสดง เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดเป็นอย่างอื่น”

¹¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 92 (1) บัญญัติว่า “หนังสือราชการหรือข้อความอันเกี่ยวกับงานของแผ่นดินซึ่งโดยสภาพจะต้องรักษาเป็นความลับไว้ชั่วคราวหรือตลอดไป และคู่ความหรือบุคคลนั้นเป็นผู้รักษาไว้ หรือได้ทราบมาโดยตำแหน่งราชการ หรือในหน้าที่ราชการ หรือกิ่งราชการอื่นใด”

¹¹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 บัญญัติว่า “การอ้างเอกสารเป็นพยานหลักฐานให้ยอมรับฟังได้เฉพาะต้นฉบับเอกสารเท่านั้น เว้นแต่

(1) เมื่อคู่ความที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตกลงกันว่าสำเนาเอกสารนั้นถูกต้องแล้วให้ศาลยอมรับฟังสำเนาเช่นว่านั้นเป็นพยานหลักฐาน

เอกสารนั้นเป็นพยานเอกสารได้ หรือต้นฉบับเอกสารสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัยหรือไม่ สามารถนำต้นฉบับมาได้โดยประการอื่น ซึ่งมีได้เกิดจากพฤติการณ์ที่ผู้กล่าวอ้างต้องรับผิดชอบ หรือ ศาลจะอนุญาตให้นำสำเนาหรือพยานบุคคลมาสืบก็ได้¹¹³

3) ห้ามมิให้นำพยานบุคคลมาสืบแทนพยานเอกสาร เมื่อไม่สามารถนำเอกสารมาแสดงได้ และห้ามนำพยานบุคคลมาสืบข้ออ้างอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อได้นำเอกสารมาแสดงว่ายังมีข้อความเพิ่มเติม ตัดทอนเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้น อย่างไรก็ตาม ไม่ห้ามการนำพยานบุคคลมาสืบประกอบพยานเอกสาร¹¹⁴

3.2.2.4 หลักเกณฑ์การขังน้ำหนักพยานเอกสารซึ่งเป็นพยานหลักฐานในคดี

การวินิจฉัยคดีแพ่งนั้น ศาลจะต้องพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่กำหนดไว้เป็นรายประเด็น แยกกันไป โดยพิจารณาว่าในแต่ละประเด็นนั้นฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยนำพยานมาสืบฟังแล้วเชื่อสม หนักไปข้างฝ่ายใด แม้จะไม่ถึงกับปราศจากข้อสงสัย ศาลก็ตัดสินให้ฝ่ายนั้นชนะคดีไปได้ในประเด็นนั้น ดังนั้น ในประเด็นข้อพิพาทประเด็นหนึ่งหากคู่ความฝ่ายใดมีพยานหลักฐานที่รับฟังได้มานำสืบและอีก

(2) ถ้าต้นฉบับเอกสารนำมาไม่ได้ เพราะถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย หรือสูญหาย หรือไม่สามารถนำมาได้โดยประการอื่น อัน มิใช่เกิดจากพฤติการณ์ที่ผู้อ้างต้องรับผิดชอบ หรือเมื่อศาลเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะต้องสืบ สำเนาเอกสารหรือพยานบุคคลแทนต้นฉบับเอกสารที่นำมาไม่ได้นั้น ศาลจะอนุญาตให้นำสำเนาหรือพยานบุคคลมาสืบก็ได้

(3) ต้นฉบับเอกสารที่อยู่ในความอารักขาหรือในความควบคุมของทางราชการนั้นจะนำมาแสดงได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจาก ทางราชการที่เกี่ยวข้องเสียก่อน อนึ่ง สำเนาเอกสารซึ่งผู้มีอำนาจหน้าที่ได้รับรองว่าถูกต้องแล้ว ให้ถือว่าเป็นอันเพียงพอในการที่จะนำมา แสดง เว้นแต่ ศาลจะได้กำหนดเป็นอย่างอื่น

(4) เมื่อคู่ความฝ่ายที่ถูกคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งอ้างอิงเอกสารมาเป็นพยานหลักฐานยันตนมิได้คัดค้านการนำเอกสารนั้นมาสืบ ตามมาตรา 125 ให้ศาลรับฟังสำเนาเอกสารเช่นนั้นเป็นพยานหลักฐานได้แต่ทั้งนี้ไม่ตัดอำนาจศาลตามมาตรา 125 วรรคสาม”

¹¹³ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายลักษณะพยาน พยานเอกสาร, หน้า 120.

¹¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาแพ่ง มาตรา 94 บัญญัติว่า “เมื่อใดมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง ห้ามมิ ให้ศาลยอมรับฟังพยานบุคคลในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ แม้ถึงว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยินยอมก็ดี

(ก) ขอสืบพยานบุคคลแทนพยานเอกสาร เมื่อไม่สามารถนำเอกสารมาแสดง

(ข) ขอสืบพยานบุคคลประกอบข้ออ้างอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อได้นำเอกสารมาแสดงแล้วว่า ยังมีข้อความเพิ่มเติม ตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้นอยู่อีก

แต่ว่าบทบัญญัติแห่งมาตรานี้ มิให้ใช้บังคับในกรณีที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (2) แห่งมาตรา 93 และมีให้ถือว่าเป็นการตัดสิทธิ คู่ความในอันที่จะกล่าวอ้างและนำพยานบุคคลมาสืบประกอบข้ออ้างว่า พยานเอกสารที่แสดงนั้นเป็นเอกสารปลอมหรือไม่ถูกต้อง ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน หรือสัญญาหรือหน้อย่างอื่นที่ระบุไว้ในเอกสารนั้นไม่สมบูรณ์ หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตีความหมายผิด”

ฝ่ายไม่สามารถถามค้านทำลายน้ำหนักคำพยานได้และไม่นำสืบให้เห็นเป็นอย่างอื่น ปกติศาลก็ต้องตัดสินให้คู่ความฝ่ายที่มีพยานมาสืบเป็นฝ่ายชนะคดี¹¹⁵

3.3 หลักการขัดกันแห่งกฎหมาย

กฎหมายขัดกัน เป็นกฎหมายภายในของรัฐซึ่งกำหนดนิติสัมพันธ์ของเอกชนในทางแพ่งที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องในทางหนึ่งทางใด โดยการที่ศาลจะเลือกใช้กฎหมายต่างประเทศหรือไม่นั้นต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันเสมอ¹¹⁶

3.3.1 เงื่อนไขและลำดับในการพิจารณาเพื่อการใช้กฎหมายขัดกัน

3.3.1.1 เงื่อนไขในการพิจารณาเพื่อการใช้กฎหมายขัดกัน

เงื่อนไขในการพิจารณาว่ากฎหมายของประเทศใดควรนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น คือ จุดเกาะเกี่ยว ซึ่งจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มีดังนี้

- 1) กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล กฎหมายให้ใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยว กล่าวคือ ให้ใช้กฎหมายของประเทศที่คู่กรณีมีสัญชาติ เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บุคคล
- 2) กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สิน กฎหมายให้ใช้ถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่เป็นจุดเกาะเกี่ยว
- 3) กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำ เช่น ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง หรือการปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายให้ถือสถานที่ที่ข้อเท็จจริงหรือการกระทำเกิดขึ้นเป็นจุดเกาะเกี่ยว

3.3.1.2 ลำดับในการพิจารณาเพื่อการใช้กฎหมายขัดกัน

สำหรับลำดับในการพิจารณาเพื่อปรับใช้กฎหมายขัดกัน สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

- 1) เขตอำนาจของศาล พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่ได้ห้ามมิให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลมาใช้พิจารณา

¹¹⁵ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557), หน้า 466-467.

¹¹⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 103.

เมื่อจะมีการฟ้องร้องหรือพิจารณาคดีที่ศาลไทย ผู้ฟ้องหรือศาลจึงต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าคดีอยู่ในอำนาจศาลนั้นที่จะพิจารณาหรือไม่

2) การจัดลักษณะของมูลกรณี เป็นการจัดลักษณะของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเข้ากับข้อกฎหมาย เช่น จัดว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเรื่องครอบครัว มรดก สัญญา หรือละเมิด

3) การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เป็นกรณีที่ศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีเลือกว่าจะนำลักษณะข้อกฎหมายใดมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง โดยมีหลักที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้อยู่ 2 แบบ¹¹⁷ คือ การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้กฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (Lex Fori) ซึ่งเป็นการให้นำเอากฎหมายแพ่งและกฎหมายภายในหรือกฎหมายท้องถิ่นของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี มาเป็นเกณฑ์ในการจัดลักษณะข้อกฎหมายให้แก่มูลกรณี และการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยใช้กฎหมายของประเทศที่จะใช้บังคับแก่คดี (Lex Causae) ซึ่งเป็นการจัดลักษณะข้อกฎหมายให้แก่มูลคดีนั้น โดยใช้กฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้อง

4) การเลือกใช้กฎหมายของประเทศที่จะนำมาปรับแก้คดี โดยกฎหมายขัดกันจะระบุดังจุดเกาะเกี่ยวซึ่งจะมีผลเป็นการชี้ไปให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ต้องนำมาปรับแก้คดีได้

5) การขัดกันในความหมายของจุดเกาะเกี่ยว เนื่องมาจากการที่กฎหมายของแต่ละประเทศให้ความหมายของจุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงควรถือความหมายของกฎหมายในประเทศซึ่งศาลที่พิจารณาคดีนั้นสังกัดอยู่ตามหลักกฎหมายขัดกันที่นานาประเทศส่วนใหญ่ถือปฏิบัติ¹¹⁸

3.3.2 หลักการใช้กฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาปรับแก้คดี

3.3.2.1 การใช้กฎหมายของต่างประเทศ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8¹¹⁹ กำหนดให้มีการพิสูจน์การมีตัวตนของกฎหมายต่างประเทศเมื่อมีการหยิบยกกฎหมายดังกล่าวขึ้นอ้าง ทั้งนี้ การนำเอากฎหมายต่างประเทศมาใช้นั้น ไม่ได้หมายความว่าสามารถนำมาใช้ได้อย่างเสรี เนื่องจากทุกประเทศต่างมีข้อยกเว้นเหมือนกันประการหนึ่ง คือ การจะไม่นำเอากฎหมายที่ขัดต่อความสงบ

¹¹⁷ดร.สฤษฎ์ นินนาท, กฎหมายระหว่างประเทศเอกชน: แผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 103-104.

¹¹⁸ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 31-32.

¹¹⁹พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ บังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายในแห่งประเทศสยาม”

เรียบริ้อยและศีลธรรมอันดีมาใช้ในประเทศของตน¹²⁰ ซึ่งกรณีของไทยนั้นก็ได้มีการกำหนดเรื่องนี้ไว้ใน มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481¹²¹

3.3.2.2 ข้อจำกัดในการใช้กฎหมายภายในของต่างประเทศ

1) ข้อจำกัดทั่วไป เป็นข้อจำกัดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดว่าในกรณีที่กฎหมายต่างประเทศที่ศาลไทยต้องนำมาใช้เป็นกฎหมายที่ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ศาลไทยก็ต้องใช้กฎหมายของไทย บังคับเสียเอง อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในมาตรานี้มิใช่การห้ามยอมรับผลของกฎหมายต่างประเทศ

2) ข้อจำกัดเฉพาะเรื่อง เป็นการกำหนดขอบเขตการใช้กฎหมายภายในของต่างประเทศว่า สามารถใช้บังคับได้เพียงเท่าที่สอดคล้องกับกฎหมายไทย¹²²

3.3.3 การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญา

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ ขัดกันของหนี้อันเกิดจากสัญญาไว้ ดังต่อไปนี้

¹²⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ บังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม”

¹²¹ สุพจน์ ภูมานะชัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมาย พ.ศ.2481, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554), หน้า 21-22.

¹²² พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 12 บัญญัติว่า “เหตุที่ศาลสยามจะสั่งให้คนต่างด้าวซึ่ง มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศสยามอยู่ในความอนุบาล หรืออยู่ในความพิทักษ์ได้นั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น อย่างไรก็ตามให้ศาลสยามสั่งให้บุคคลเช่นว่านั้นอยู่ในความอนุบาล หรืออยู่ในความพิทักษ์โดยอาศัยเหตุซึ่งกฎหมายสยามมิได้ยอมให้ กระทำ

ผลของการให้อยู่ในความอนุบาลหรือให้อยู่ในความพิทักษ์ดังกล่าวแล้ว ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศซึ่งศาลที่สั่งให้ บุคคลเช่นว่านั้นเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือเป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถสังกัดอยู่”

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 15 บัญญัติว่า “หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตาม กฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

ความในวรรคก่อนมิใช่แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม

กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้นอกจากที่กฎหมาย สยามยอมให้เรียกร้องได้”

1) เรื่องสถานะและความสามารถของคู่สัญญา มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481¹²³ ได้กำหนดให้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น หรือในกรณีที่เป็นการนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ความสามารถของบุคคลที่จะทำนิติกรรมนั้น ย่อมเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่

2) เรื่องสาระสำคัญและผลของสัญญา มาตรา 13 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481¹²⁴ ได้กำหนดให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจทราบเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ หากคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ คือกฎหมายสัญชาติที่คู่สัญญามีร่วมกัน แต่หากคู่สัญญาต่างสัญชาติกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้นบังคับ

3) เรื่องแบบของสัญญา มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481¹²⁵ ได้กำหนดให้ความสามารถของแบบแห่งสัญญา เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

3.3.4 การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจศาล

เนื่องจากสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ เป็นนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวจึงมีได้มีเพียงศาลเดียว ดังนั้น ในทางปฏิบัติของ

¹²³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 10 บัญญัติว่า “ความสามารถและควมไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น

แต่ถ้าคนต่างตัวทำนิติกรรมในประเทศสยาม ซึ่งตามกฎหมายสัญชาติ คนต่างตัวนั้นย่อมจะไร้ความสามารถหรือมีความสามารถอันจำกัดสำหรับนิติกรรมนั้น ให้ถือว่าบุคคลนั้นมีความสามารถทำนิติกรรมนั้นได้เพียงเท่าที่จะมีความสามารถตามกฎหมายสยาม ความในวรรคนี้ไม่ใช้แก่นิติกรรมตามกฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดก

ในกรณีที่เป็นการนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ความสามารถของบุคคลที่จะทำนิติกรรมเช่นว่านั้นย่อมเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่”

¹²⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 วรรคแรก บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกันก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น”

¹²⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 9 บัญญัติว่า “นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบของนิติกรรมย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น

อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ย่อมใช้บังคับแก่แบบที่จำเป็นเพื่อความสมบูรณ์แห่งสัญญา เอกสารหรือนิติกรรมอื่น ๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์”

วงการธุรกิจระหว่างประเทศ จึงมีการทำข้อตกลงในสัญญาเกี่ยวกับการเลือกศาลที่จะใช้พิจารณาคดี หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น¹²⁶

สำหรับประเทศไทย แม้จะมีกฎหมายเฉพาะบางฉบับกำหนดเรื่องข้อตกลงเลือกศาลไว้ แต่กลับไม่มีบทบัญญัติทั่วไปรับรองเรื่องดังกล่าว จึงเกิดการตีความหลายแนวทาง แนวทางหนึ่งตีความอย่างเคร่งครัดว่าคู่กรณีจะตกลงกันในเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลมิได้¹²⁷ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 ที่วินิจฉัยว่า ข้อตกลงเลือกศาลขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 (1) ซึ่งเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่อาจใช้บังคับได้ แต่อีกแนวทางหนึ่งเห็นว่าข้อตกลงเลือกศาลในสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศยังสามารถกระทำได้ และมีผลใช้บังคับได้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546 และ 583/2548 เดินตามความเห็นดังกล่าว

3.3.5 การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

โดยปกติแล้ว เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น คู่สัญญาก็มักจะเลือกไปฟ้องร้องกันในศาลแห่งประเทศของผู้ที่จะถูกบังคับคดี เพื่อให้คำพิพากษานั้นมีผลถึงทรัพย์สินของผู้ถูกบังคับคดีอย่างแท้จริง และยังเป็น การป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาว่าคำพิพากษานั้นไม่สามารถนำไปบังคับใช้ได้ในประเทศอื่น เนื่องจากไม่มีประเทศใดถูกผูกพันให้ต้องเคารพบังคับบัญชาให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลแห่งประเทศอื่น เว้นแต่จะยอมผูกพันตนเองไว้โดยสนธิสัญญาหรือทำการรับรองและบังคับให้ในฐานะไมตรีจิตระหว่างประเทศ

สำหรับประเทศไทยก็ไม่มีสนธิสัญญาหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติถึงการมีผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเอาไว้โดยเฉพาะ คงมีแต่เพียงคำวินิจฉัยของศาลวางแนวทางไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2460 ซึ่งแสดงว่าคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศนั้น ศาลไทยอาจบังคับให้มีผลบางประการภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดได้

ทั้งนี้ นักกฎหมายบางท่านได้กล่าวถึงบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช พ.ศ. 2481¹²⁸ ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีลักษณะกว้างแบบ

¹²⁶ พิษานัน กอนันตชัย, "ปัญหาการตกลงเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในคดีแพ่ง", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขา กฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

¹²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

¹²⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 3 บัญญัติว่า "เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ นี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ให้ใช้กฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล"

ครอบครัวควรจูงใจอาจเป็นแม่บทที่ศาลอาจใช้ในการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศได้แม้จะไม่ได้กล่าวเช่นนั้นไว้โดยตรงก็ตาม

3.4 ข้อบังคับและประเพณีปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของหอการค้านานาชาติ

หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) เป็นองค์กรเอกชนระหว่างประเทศ ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1919¹²⁹ มีบทบาทสำคัญในการจัดทำกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศ ปัจจุบันหอการค้านานาชาติมีสมาชิกทั่วโลกกว่า 130 ประเทศ โดยสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยและสมาคมธนาคารไทยก็ได้เข้าเป็นสมาชิกของหอการค้านานาชาติเช่นกัน¹³⁰

หอการค้านานาชาติได้จัดทำกฎเกณฑ์ทางการค้าออกมาหลายฉบับ ซึ่งในส่วนของออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารนั้น หอการค้านานาชาติก็ได้จัดทำเป็นข้อบังคับและประเพณีปฏิบัติขึ้นโดยกำหนดไว้ใน Uniform Rules for Demand Guarantees Publication No. 758 (URDG 758)

3.4.1 ความสำคัญของข้อบังคับและประเพณีปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันของหอการค้านานาชาติ

เมื่อการดำเนินธุรกิจของธนาคารโดยการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศก่อให้เกิดปัญหาความยุ่งยากในการใช้หนังสือค้ำประกัน เนื่องจากความแตกต่างของระเบียบกฎหมายและแนวปฏิบัติที่นำมาบังคับใช้ ในปี ค.ศ. 1964 สภาหอการค้านานาชาติจึงร่วมกันตั้งคณะทำงานขึ้นเพื่อศึกษาหาแนวทางแก้ไข และในปี ค.ศ. 1978 ก็ได้มีการตีพิมพ์ Uniform Rules for Contract Guarantees Publication No. 325 เพื่อวางแนวทางการออกหนังสือค้ำประกันในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยมีสาระสำคัญว่าการชำระเงินตามหนังสือค้ำประกันนั้น จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการพิสูจน์หรือยอมรับว่ามีการผิดสัญญากันจริงและยังมีความเชื่อมโยงกับข้อกำหนดของสัญญาประธานหลายประการ ส่งผลให้หนังสือค้ำประกันที่ออกภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีความเป็นเอกเทศอย่างแท้จริง จึงไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล เพราะทำให้ธนาคารต้องแบกรับความเสี่ยงมากเกินไป ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดในเรื่องของการแยกหนังสือค้ำประกันออกเป็นเอกเทศจากสัญญาประธานในลักษณะเดียวกับเลตเตอร์ออฟเครดิต จนนำไปสู่การจัดทำกฎเกณฑ์ Uniform Rules for Demand

¹²⁹ ขวลิท อรรถศาสตร์, คำอธิบายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 15.

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

Guarantees¹³¹ ขึ้น ซึ่งฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ Uniform Rules for Demand Guarantees Publication No. 758 (URDG 758)

3.4.2 สาระสำคัญของการออกหนังสือค้ำประกันภายใต้ Uniform Rules for Demand Guarantees Publication No. 758 (URDG 758)

หอการค้านานาชาติ ได้จัดทำ Uniform Rules for Demand Guarantees Publication No. 758 (URDG 758) ขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันที่มีลักษณะเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากสัญญาประธาน ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า หนังสือค้ำประกัน และหนังสือค้ำประกันร่วมให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความเท่าเทียมหรือความเสมอภาคของผลประโยชน์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะได้รับเป็นสำคัญ ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

3.4.2.1 ขอบเขตการใช้บังคับ

URDG 758 ใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือค้ำประกันร่วม โดยจะมีผลผูกพันคู่สัญญาทุกฝ่ายทันที เว้นแต่หนังสือค้ำประกันหรือหนังสือค้ำประกันร่วมจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในกรณีที่มีคำขอออกหนังสือค้ำประกันร่วม ถ้าหนังสือค้ำประกันอยู่ภายใต้ URDG 758 แล้ว คำขอออกหนังสือค้ำประกันร่วมก็จะอยู่ภายใต้ URDG เช่นกัน เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่หนังสือค้ำประกันนั้นย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้ URDG 758 แม้หนังสือค้ำประกันร่วมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ตาม

สำหรับหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือค้ำประกันร่วมซึ่งออกในหรือหลังวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 โดยมีได้ระบุไว้ให้อยู่ภายใต้ URDG ค.ศ. 1992 หรือ URDG ที่แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2010 หรือมิได้ระบุหมายเลขที่ตีพิมพ์ ให้ถือว่าหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือค้ำประกันร่วมนั้น อยู่ภายใต้ URDG ที่แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2010¹³²

¹³¹ รุ่งสรอายุ เทศสวัสดิ์, หลักประกันการชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบผลทางกฎหมายระหว่าง กฎเกณฑ์ Ucp 500, lsp 98 และ Urdg 458, หน้า 28.

¹³² โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 1 Application of URDG

3.4.2.2 บทนิยาม

เนื่องจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการออกหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือค้ำประกันร่วมมีอยู่ด้วยกัน 4 ฝ่าย ซึ่ง URDG 758 ข้อ 2 ได้กำหนดนิยามของบุคคลที่เกี่ยวข้องไว้¹³³ ดังนี้

- 1) ผู้ขอ (Applicant) หมายถึง คู่สัญญาซึ่งระบุในหนังสือค้ำประกันว่ามีความรับผิดชอบตามสัญญาประธาน
- 2) ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) หมายถึง คู่สัญญาซึ่งได้รับประโยชน์จากการออกหนังสือค้ำประกัน
- 3) ผู้ค้ำประกัน (Guarantor) หมายถึง คู่สัญญาซึ่งออกหนังสือค้ำประกัน และให้หมายความรวมถึงคู่สัญญาซึ่งกระทำการในทำนองเดียวกันนี้ด้วย
- 4) ผู้ค้ำประกันร่วม (Counter-guarantee) หมายถึง คู่สัญญาซึ่งออกหนังสือค้ำประกันร่วมให้แก่ผู้ค้ำประกันหรือผู้ค้ำประกันร่วมคนอื่น และให้หมายความรวมถึงคู่สัญญาซึ่งกระทำการในทำนองเดียวกันนี้ด้วย

3.4.2.3 การออกและการมีผลบังคับใช้

ในกรณีที่หนังสือค้ำประกันนั้นได้ไปจากความครอบครองของผู้ค้ำประกัน ให้ถือว่าได้มีการออกหนังสือค้ำประกันแล้ว โดยหนังสือค้ำประกันนั้นจะไม่สามารถเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

ผู้รับประโยชน์อาจยื่นเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงินตามหนังสือค้ำประกันได้นับแต่เวลาที่ได้มีการออกหนังสือค้ำประกัน หรือภายหลังจากนั้น หรือเมื่อเกิดเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้ในหนังสือค้ำประกัน¹³⁴

3.4.2.4 ความเป็นเอกเทศของหนังสือค้ำประกันและหนังสือค้ำประกันร่วม

หนังสือค้ำประกันมีลักษณะเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากสัญญาประธานและแบบคำขอ ผู้ค้ำประกันไม่ผูกพันตามสัญญาประธานและแบบคำขอดังกล่าว การชำระเงินตามหนังสือค้ำประกันจึงขึ้นอยู่กับกรเรียกร้องหรือคัดค้านระหว่างผู้ค้ำประกันและผู้รับประโยชน์

¹³³ โปรตดูภาคผนวก จ ข้อ 2 Definitions

¹³⁴ โปรตดูภาคผนวก จ ข้อ 4 และข้อ 9 Issue and Effectiveness

หนังสือค้ำประกันร่วมมีลักษณะเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากหนังสือค้ำประกัน สัญญา ประธาน คำขอออกหนังสือค้ำประกัน และหนังสือค้ำประกันร่วมอื่น ผู้ค้ำประกันร่วมไม่ผูกพันตาม สัญญาดังกล่าว การชำระเงินตามหนังสือค้ำประกันร่วมจึงขึ้นอยู่กับกรเรียกร้องหรือคัดค้านระหว่างผู้ ค้ำประกันร่วมและผู้ค้ำประกันหรือผู้ค้ำประกันร่วมอื่น¹³⁵

3.4.2.5 รายละเอียดในหนังสือค้ำประกันและหนังสือค้ำประกันร่วม

รายละเอียดในหนังสือค้ำประกันและหนังสือค้ำประกันร่วมต้องมีความชัดเจน ถูกต้อง และ ปราศจากความคลุมเครือใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งอาจจะบรูายละเอียดดังต่อไปนี้¹³⁶

- 1) ผู้ขอ
- 2) ผู้รับประโยชน์
- 3) ผู้ค้ำประกัน
- 4) เลขอ้างอิงหรือข้อมูลอื่นซึ่งระบุเกี่ยวกับสัญญาประธาน
- 5) เลขอ้างอิงหรือข้อมูลอื่นซึ่งระบุเกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือค้ำประกันร่วม
- 6) จำนวนเงินที่ชำระหรือพึงชำระได้สูงสุด และสกุลเงิน
- 7) การสิ้นสุดของหนังสือค้ำประกัน
- 8) ข้อตกลงสำหรับการเรียกร้องให้ชำระเงิน
- 9) เอกสารในการเรียกร้องให้ชำระเงินหรือเอกสารอื่นซึ่งจัดทำเป็นหนังสือ และ/หรือ เอกสาร อิเล็กทรอนิกส์
- 10) ภาษาของเอกสารอื่นซึ่งได้ระบุไว้ในหนังสือค้ำประกัน และ
- 11) ความรับผิดชอบของคู่สัญญาในการชำระค่าใช้จ่ายอื่น

3.4.2.6 การแจ้งเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกัน

การแจ้งเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันไปยังผู้รับประโยชน์อาจทำได้โดยผ่านผู้แจ้ง ซึ่งผู้ แจ้งอาจแจ้งไปยังผู้รับประโยชน์โดยตรง หรือให้ผู้แจ้งอื่น (เรียกว่า “ผู้แจ้งลำดับที่สอง”) เป็นผู้แจ้งไป ยังผู้รับประโยชน์¹³⁷

¹³⁵ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 5 Independence of guarantee and counter-guarantee

¹³⁶ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 8 Content of instructions and guarantees

¹³⁷ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 10 Advising of guarantee

3.4.2.7 ขอบเขตความรับผิดของผู้ค้ำประกัน

ความรับผิดของผู้ค้ำประกันที่มีต่อผู้รับประโยชน์ย่อมเป็นไปตามเงื่อนไขและข้อกำหนดในหนังสือค้ำประกัน เพียงจำนวนเท่าที่ระบุไว้เท่านั้น ทั้งนี้ การลดหรือเพิ่มจำนวนเงินตามหนังสือค้ำประกันจะกระทำได้อีกต่อเมื่อวันหรือเหตุการณ์ที่ได้ระบุไว้ในหนังสือค้ำประกันอันจะมีผลทำให้จำนวนเงินดังกล่าวเปลี่ยนแปลงได้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น¹³⁸

3.4.2.8 การยื่นเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงิน

ผู้รับประโยชน์จะเรียกร้องให้ชำระเงินตามหนังสือค้ำประกันได้ก็ต่อเมื่อผู้รับประโยชน์ได้ยื่นเอกสารตามที่คุณค้ำประกันได้กำหนดไว้ครบถ้วนสมบูรณ์ โดยต้องยื่นเอกสารดังกล่าว ณ สถานที่ออกหนังสือค้ำประกันหรือสถานที่ซึ่งได้ระบุไว้ในหนังสือค้ำประกันในหรือก่อนหนังสือค้ำประกันหมดอายุ

การเรียกร้องให้ชำระเงินตามสัญญาค้ำประกันร่วมต้องทำเป็นถ้อยแถลงการณ์โดยคู่สัญญาซึ่งผู้ค้ำประกันร่วมได้ออกหนังสือค้ำประกันให้ และต้องระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รับหนังสือเรียกร้องให้ปฏิบัติตามสัญญาค้ำประกันหรือสัญญาค้ำประกันซึ่งได้ออกให้โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไว้แล้ว¹³⁹

3.4.2.9 การตรวจสอบเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงิน

ผู้ค้ำประกันต้องพิจารณาและตรวจสอบเอกสารการเรียกร้องให้ชำระเงินว่าสมบูรณ์หรือไม่ ภายใน 5 วันนับแต่วันที่มีการยื่นเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงิน และถ้าเอกสารนั้นครบถ้วนถูกต้องสมบูรณ์แล้ว ให้ผู้ค้ำประกันรับรองเอกสารการเรียกร้องให้ชำระเงินและชำระเงิน ณ สถานที่ซึ่งสาขาหรือสำนักงานใหญ่ของผู้ค้ำประกันหรือผู้ค้ำประกันร่วมตั้งอยู่ หรือสถานที่อื่นซึ่งกำหนดไว้ในหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือค้ำประกันร่วมในกรณีที่คุณยื่นเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงินยื่นเอกสารซึ่งไม่จำเป็นต้องใช้ในการตรวจสอบ ก็ให้ผู้ค้ำประกันคืนเอกสารดังกล่าวให้แก่ผู้ยื่นเอกสาร

นอกจากนี้ ผู้ค้ำประกันต้องตรวจสอบลายมือชื่อ เครื่องหมาย หรือตราประทับของเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงินว่าถูกต้องสมบูรณ์ตรงตามที่ต้องการด้วย¹⁴⁰

¹³⁸ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 12- 13 Extent of guarantor's liability

¹³⁹ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 14 และข้อ 15 Presentation

¹⁴⁰ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 19 - 20 Examination

3.4.2.10 สกุลเงินในการชำระเงิน

ให้ผู้ค้าประกันชำระเงินตามหนังสือคำประกันที่สมบูรณ์ด้วยสกุลเงินที่ระบุไว้ในหนังสือคำประกัน

ในกรณีที่ผู้ค้าประกันไม่อาจชำระเป็นเงินสกุลที่กำหนดไว้ในหนังสือคำประกันได้ เนื่องจากเหตุขัดข้องที่ไม่อาจควบคุมได้ หรือเงินสกุลดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายของสถานที่ซึ่งชำระเงิน แม้ว่า ในหนังสือคำประกันจะกำหนดให้ชำระเงินด้วยสกุลดังกล่าว ผู้ค้าประกันก็สามารถชำระเป็นเงินสกุลที่ใช้ในสถานที่ชำระเงินได้ โดยการชำระเงินดังกล่าวย่อมผูกพันผู้ค้าประกันหรือผู้ค้าประกันร่วม ทั้งนี้ ผู้ค้าประกันหรือผู้ค้าประกันร่วมอาจเลือกใช้เงินคืนได้ทั้งสกุลเงิน ณ สถานที่ชำระเงิน หรือตามสกุลเงินที่กำหนดไว้ในหนังสือคำประกันหรือหนังสือคำประกันร่วมก็ได้

การชำระเงินหรือใช้เงินคืนด้วยสกุลเงิน ณ สถานที่ชำระเงินหรือใช้เงินคืนนั้น ให้ใช้อัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ณ เวลาที่มีการชำระเงินหรือใช้เงินคืน อย่งไรก็ดี ถ้าผู้ค้าประกันไม่ชำระเงินตามเวลาที่ถึงกำหนด ผู้รับประกันอาจใช้อัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ณ เวลาที่ถึงกำหนดชำระ หรือเวลาที่ได้มีการชำระเงินจริงก็ได้¹⁴¹

3.4.2.11 การปฏิเสธการชำระเงิน

ในกรณีที่ผู้ค้าประกันหรือผู้ค้าประกันร่วมพิจารณาแล้วเห็นว่าหนังสือคำประกันหรือหนังสือคำประกันร่วมไม่สมบูรณ์ ผู้ค้าประกันหรือผู้ค้าประกันร่วมมีสิทธิปฏิเสธการจ่ายเงิน โดยผู้ค้าประกันหรือผู้ค้าประกันร่วมต้องทำหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ยื่นเอกสารไม่เกิน 5 วันทำการนับแต่วันที่ได้รับเอกสารการเรียกร้องเงิน ทั้งนี้ ในหนังสือบอกกล่าวต้องระบุเหตุผลที่ปฏิเสธการจ่ายเงินด้วย¹⁴²

3.4.2.12 การสิ้นสุดของหนังสือคำประกัน

หนังสือคำประกันที่ถูกส่งกลับมายังผู้ค้าประกันจะสิ้นสุดเมื่อหมดอายุ หรือไม่มีเงินที่ต้องชำระตามหนังสือคำประกัน หรือเมื่อผู้รับประกันปลดเปลื้องความรับผิดชอบตามหนังสือคำประกันของผู้ค้าประกัน

¹⁴¹ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 21 Currency of payment

¹⁴² โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 24 Non-complying demand, waiver and notice

ถ้าหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือค้ำประกันร่วมมิได้กำหนดวันหมดอายุหรือเหตุที่จะทำให้หนังสือค้ำประกันสิ้นผล ให้หนังสือค้ำประกันมีอายุ 3 ปีนับแต่วันที่ออกหนังสือค้ำประกัน และให้หนังสือค้ำประกันร่วมสิ้นผลภายหลังหนังสือค้ำประกันสิ้นผลไป 30 วันปฏิทิน

ในกรณีที่วันหมดอายุของหนังสือค้ำประกันตรงกับวันหยุดทำการของสถานที่ซึ่งยื่นเอกสารเรียกร้องให้ชำระเงิน ให้หนังสือค้ำประกันนั้นหมดอายุในวันแรกของวันทำการของสถานที่ดังกล่าว¹⁴³

3.4.2.13 กฎหมายที่ใช้บังคับและเขตอำนาจศาล

กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกัน ได้แก่ กฎหมายที่ใช้บังคับ ณ สถานที่ที่สาขาหรือสำนักงานของผู้ค้ำประกันซึ่งออกหนังสือค้ำประกัน ส่วนกรณีที่เป็นหนังสือค้ำประกันร่วม ได้แก่ กฎหมายที่ใช้บังคับ ณ สถานที่ที่สาขาหรือสำนักงานของผู้ค้ำประกันร่วมซึ่งออกหนังสือค้ำประกันร่วม ตั้งอยู่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

เมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างผู้ค้ำประกันและผู้รับประโยชน์ตามหนังสือค้ำประกัน ถ้ามิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ตั้งของสาขาหรือสำนักงานของผู้ค้ำประกันซึ่งออกหนังสือค้ำประกันเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนข้อพิพาทระหว่างผู้ค้ำประกันร่วมและผู้ค้ำประกันตามหนังสือค้ำประกันร่วมนั้น ให้ศาลของประเทศที่เป็นสถานที่ตั้งของสาขาหรือสำนักงานของผู้ค้ำประกันร่วมซึ่งออกหนังสือค้ำประกันร่วมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี¹⁴⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁴³ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 25 Termination of guarantee

¹⁴⁴ โปรดดูภาคผนวก จ ข้อ 34 - 35 Governing Law and Jurisdiction

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อ ประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันของไทยมิได้มีการแบ่งประเภทการค้ำประกันทางแพ่งออกจากการค้ำประกันทางพาณิชย์ จึงต้องนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับกับสัญญาค้ำประกันทุกประเภท ทั้งที่ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการค้ำประกันทางแพ่งและทางพาณิชย์มีความแตกต่างกัน จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสมในการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับกับการค้ำประกันทางพาณิชย์ โดยเฉพาะการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ เพราะทำให้ธนาคารไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบียดให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคารได้ ในทางปฏิบัติธนาคารจึงเลือกใช้สิทธิเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบตามคำขอออกหนังสือค้ำประกัน จึงจำเป็นต้องศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวและวิเคราะห์หาแนวทางในการนำคำขอออกหนังสือค้ำประกันมาใช้บังคับ เพื่อช่วยให้ธนาคารสามารถให้บริการออกหนังสือค้ำประกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.1 ปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสมของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันเมื่อนำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกใช้กฎหมายไทยบังคับกับหนังสือค้ำประกันหรือคู่สัญญามีได้ตกลงกันว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับกับหนังสือค้ำประกันดังกล่าว แต่โดยผลของพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กำหนดให้นำกฎหมายไทยมาใช้บังคับ ซึ่งในที่นี้คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันของไทยมิได้มีการแบ่งประเภทการค้ำประกันทางแพ่งออกจากการค้ำประกันทางพาณิชย์ จึงต้องนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับกับสัญญาค้ำประกันทุกประเภท ทั้งที่ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการค้ำประกันทางแพ่งและทางพาณิชย์มีความแตกต่างกัน จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสมในการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับกับการค้ำประกันทางพาณิชย์ โดยเฉพาะการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ เพราะ

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายบางประการยังไม่สอดคล้องกับหลักสากลหรือประเพณีปฏิบัติระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกัน ทำให้เจ้าหน้าที่ต่างประเทศไม่เชื่อถือในหนังสือค้ำประกันของธนาคารและอาจตัดสินใจไม่เข้าทำสัญญาทางธุรกิจซึ่งเป็นสัญญาประธานกับผู้ประกอบการหรือนักลงทุนไทยที่ถือหนังสือค้ำประกันดังกล่าว ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศได้ ในที่สุด ดังนั้นผู้เขียนจึงวิเคราะห์หัตถ์บัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน เพื่อแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีความเหมาะสมที่นำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศหรือไม่ เพียงใด เพื่อจะได้หาแนวทางในการแก้ไข และบังคับใช้กฎหมายต่อไป

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์

4.1.1.1 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกันแบบไม่มี

กำหนดระยะเวลา

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 681 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “อันค้ำประกันจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์” แสดงให้เห็นว่าหนี้ตามสัญญาประธานที่จะมีการค้ำประกันได้นั้นจะต้องเป็นหนี้อันสมบูรณ์ กล่าวคือ สัญญาประธานจะต้องมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ไม่ตกเป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะทำให้ผู้เกี่ยวข้องสามารถบอกล้างสัญญาประธานนั้นได้ในภายหลัง โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 680 วรรคสอง บัญญัติว่า “อนึ่งสัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” แสดงให้เห็นว่าสัญญาค้ำประกันนั้นเป็นสัญญาที่กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องทำตามแบบ แต่หากจะมีการฟ้องร้องบังคับคดีเอากับผู้ค้ำประกันจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคสาม ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 ก็ได้บัญญัติว่า “สัญญาค้ำประกันต้องระบุหนี้หรือสัญญาที่ค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้ง และผู้ค้ำประกันย่อมรับผิดชอบหนี้หรือสัญญาที่ระบุไว้เท่านั้น” ทำให้การทำสัญญาค้ำประกันใด ๆ ก็ตามจะต้องมีการระบุหนี้หรือสัญญาที่ค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้ง และหากเป็นการทำสัญญาค้ำประกันหนี้ประธานที่มีลักษณะเป็นหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขก็จะต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้ รายที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกันด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “หนี้ใน

อนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขจะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริงก็ประกันได้ แต่ต้องระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้รายที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกัน เว้นแต่เป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวตาม มาตรา 699 จะไม่ระบุระยะเวลาดังกล่าวก็ได้” เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ค้ำประกันมิให้ต้องรับผิดชอบอย่างไม่จำกัด ดังนั้นหากในสัญญาค้ำประกันมิได้มีการระบุข้อความดังกล่าวไว้หรือระบุไว้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 685/1 จึงอาจทำให้เกิดปัญหาได้ว่าการบังคับให้มีการระบุข้อความในลักษณะดังกล่าวลงในสัญญาค้ำประกัน จะทำให้สัญญาค้ำประกันจากที่เป็นสัญญาไม่มีแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้กลายเป็นสัญญาที่มีแบบหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแม้กฎหมายจะกำหนดให้สัญญาค้ำประกันจะต้องระบุข้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นการระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้รายที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกันก็ตาม ก็มีได้ทำให้สัญญาค้ำประกันกลายเป็นสัญญาที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำตามแบบ กล่าวคือ โดยหลักแล้ว แบบเป็นองค์ประกอบสำคัญแห่งความสมบูรณ์ของสัญญา จึงต้องทำให้เสร็จสิ้นเรียบร้อยในขณะที่ทำสัญญา และจะต้องทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น ทำเป็นหนังสือและ/หรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ก็จะทำให้สัญญานั้นไม่มีผลผูกพันใด ๆ ทางกฎหมายหรือเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152 ซึ่งแตกต่างจากกรณีหลักฐานเป็นหนังสือ ที่อาจมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือในขณะที่มีการทำสัญญาหรือภายหลังจากที่มีการทำสัญญาแล้วก็ได้ เพียงแต่จะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก่อนการฟ้องคดีเท่านั้น โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบไว้จึงอาจทำขึ้นในรูปแบบใดก็ได้ หากขาดหลักฐานเป็นหนังสือก็เพียงแต่ทำให้ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้เท่านั้น มิได้ทำให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ สัญญาที่ขาดหลักฐานเป็นหนังสือก็ยังคงเป็นสัญญาที่มีความสมบูรณ์ตามกฎหมายทุกประการ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 วรรคสอง กำหนดไว้อย่างชัดเจนเพียงว่าหากจะฟ้องบังคับคดีตามสัญญาค้ำประกัน จะต้องมียุทธศาสตร์เป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ จึงมิใช่กรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำตามแบบ

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติสำหรับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศนั้น เจ้าหนี้ต่างประเทศจะกำหนดรูปแบบหรือเนื้อหาของหนังสือค้ำประกันในลักษณะครอบคลุมความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้หรือผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาประธานได้ โดยระบุให้ธนาคารต้องผูกพันรับผิดชอบหนังสือค้ำประกันแบบไม่มีกำหนดระยะเวลา (Open-end) กล่าวคือ ธนาคารต้องผูกพันรับผิดชอบหนังสือค้ำประกันไป

จนกว่าจะได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ต่างประเทศว่าธนาคารหลุดพ้นจากความรับผิดแล้ว¹ โดยมีระยะเวลาสิ้นสุดการค้ำประกันไว้ตามปีปฏิทิน หากธนาคารไม่สามารถออกหนังสือค้ำประกันโดยมีข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวได้ เจ้าหน้าที่ต่างประเทศอาจพิจารณาไม่เข้าทำสัญญาประธานกับลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันก็ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 แล้ว จะเห็นได้ว่าหากเป็นการออกหนังสือค้ำประกันหนี้โดยทั่วไปก็ย่อมสามารถทำสัญญาค้ำประกันโดยระบุข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวได้ เพราะมิได้มีกฎหมายห้ามไว้ เพียงแต่ต้องระบุมูลหนี้หรือสัญญาที่จะค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้ง แต่สำหรับการออกหนังสือค้ำประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไขซึ่งกฎหมายกำหนดให้ระบุระยะเวลาในการก่อหนี้ที่ค้ำประกันไว้ด้วย การทำข้อตกลงที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดจะทำให้ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 685/1 จึงอาจเกิดปัญหาได้ว่าในกรณีที่ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันตามคำขอของลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน โดยมีข้อตกลงให้ธนาคารค้ำประกันแบบไม่มีกำหนดระยะเวลา และธนาคารได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศเมื่อเจ้าหน้าที่ต่างประเทศใช้สิทธิเรียกร้องตามภาระผูกพันตามหนังสือค้ำประกัน เพื่อรักษาความน่าเชื่อถือของหนังสือค้ำประกันของธนาคารแล้ว ธนาคารจะสามารถใช้สิทธิไล่เบียดตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวได้หรือไม่ เพียงใด

ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะยังไม่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ แต่กรณีที่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศกำหนดให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันแบบไม่มีกำหนดระยะเวลานั้น ถือเป็นข้อกำหนดข้อตกลงที่แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคสอง กำหนดไว้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 685/1 ทำให้เมื่อธนาคารชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ต่างประเทศตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันและใช้สิทธิไล่เบียดเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันแล้ว อาจถูกผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันยกข้อต่อสู้ขึ้นได้ว่าธนาคารได้ชำระหนี้ไปตามอำเภอใจ² กล่าวคือ ธนาคารได้ชำระหนี้ไปโดยรู้ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ เนื่องจากเป็นการทำข้อตกลงเกี่ยวกับการค้ำประกันที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมิให้ต้องรับผิดโดยไม่จำกัด ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ธนาคารจึงไม่สามารถไล่เบียดเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2403/2539 หนังสือค้ำประกันตามเอกสารหมาย จ.5 และสัญญาค้ำประกันตามเอกสารหมาย จ.7 ก็มิได้ระบุระยะเวลาการค้ำประกันไว้ นอกจากนี้ตามสัญญาค้ำประกันที่จำเลยที่ 2 ทำไว้แก่โจทก์เอกสารหมาย จ.7 ข้อ 9 ยังระบุไว้อีกว่า "ผู้ค้ำประกันยินยอมให้ถือสัญญานี้เป็นสัญญาค้ำประกันมีผลใช้บังคับได้ตลอดไป ผู้ค้ำประกันจะหลุดพ้นจากภาระค้ำประกันตามสัญญานี้ต่อเมื่อได้จัดให้ลูกหนี้ชำระหนี้ หรือชำระหนี้แทนลูกหนี้แก่ธนาคารเสร็จสิ้นทุกรายการและธนาคารยินยอมให้พ้นจากภาระค้ำประกันด้วยลายลักษณ์อักษรแล้ว" ข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นการค้ำประกันแบบไม่มีจำกัดเวลาหลุดพ้นจากความผูกพันในความรับผิดที่จำเลยที่ 1 ก่อให้เกิดขึ้น

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 บัญญัติว่า "บุคคลใดได้กระทำการอันใดตามอำเภอใจเหมือนหนึ่งว่าเพื่อชำระหนี้โดยรู้ว่าคุณไม่มีหนี้ผูกพันที่จะต้องชำระ ท่านว่าบุคคลนั้นหาสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินไม่"

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 มีความเคร่งครัด ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศซึ่งมีลักษณะเป็นการค้ำประกันทางพาณิชย์ที่ต้องการความยืดหยุ่น สามารถรองรับความเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจได้

4.1.1.2 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกันโดยมีเนื้อหา

แบบ First Demand Guarantee

สืบเนื่องมาจากการปฏิบัติทางการค้าและธนาคารถือว่าหนังสือค้ำประกันที่ดีที่สุดนั้น ได้แก่ หนังสือค้ำประกันประเภทที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee³ กล่าวคือ เป็นหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารผูกพันตนเองต่อผู้รับหนังสือค้ำประกันซึ่งเป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศว่าจะจ่ายเงินตามหนังสือค้ำประกันเมื่อเจ้าหนี้ต่างประเทศได้นำส่งเอกสารตามที่กำหนดไว้หนังสือค้ำประกันครบถ้วน โดยไม่อ้างสิทธิเกี่ยงให้ลูกหนี้ขึ้นต้นชำระหนี้ก่อน และไม่อ้างข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต้นมาเป็นมูลในการปฏิเสธความรับผิดของธนาคารตามหนังสือค้ำประกัน⁴ ตามหลัก Payment against documents ดังนั้น โดยทั่วไปเจ้าหนี้ต่างประเทศซึ่งเป็นภาคเอกชนที่มีการจัดซื้อจัดจ้างขนาดใหญ่หรือมีการทำสัญญาทางธุรกิจที่มีมูลค่าสูงจึงกำหนดให้ลูกหนี้จัดหาหนังสือค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee มาวางไว้เป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา โดยกำหนดให้ธนาคารระบุในสัญญาค้ำประกันว่า “ธนาคารยอมผูกพันตนเองโดยไม่มีเงื่อนไขที่จะค้ำประกันชนิดเพิกถอนไม่ได้ เช่นเดียวกับลูกหนี้ขึ้นต้นในการชำระเงินให้ตามสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกัน โดยธนาคารจะไม่อ้างสิทธิใด ๆ เพื่อโต้แย้ง”⁵ ซึ่งศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยมีเนื้อหาในลักษณะเป็น First Demand Guarantee ไว้ว่า “การที่ผู้ค้ำประกันยอมผูกพันตนเองโดยไม่มีเงื่อนไขที่จะค้ำประกันชนิดเพิกถอนไม่ได้เช่นเดียวกับลูกหนี้ขึ้นต้นในการชำระเงินตามสิทธิเรียกร้องย่อมไม่ใช่การผูกพันตนเองต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ แต่เป็นการค้ำประกันที่ผู้ค้ำประกันมีความผูกพันจะต้องชำระเงินให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันโดยเคร่งครัดอย่างลูกหนี้ขึ้นต้นเมื่อมีการทวงถามตามเงื่อนไขโดยไม่อาจอ้างเหตุใด ๆ ขึ้นปลดเปลื้องความรับผิดได้ และความรับผิดของผู้ค้ำประกันในกรณีนี้จะไม่ขึ้นอยู่กับความรับผิดของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน สิทธิ

³ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2502 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วย ประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, หน้า 36.

⁴ พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, หลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยการให้บริการธนาคาร, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 82.

⁵ We hereby irrevocably and unconditionally undertake to pay to you without any contestation...

หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้รับหนังสือค้ำประกันและผู้ค้ำประกันตามหนังสือค้ำประกันนั้นเป็นเอกเทศและต้องพิจารณาแยกต่างหากจากสัญญาอื่น ๆ”⁶ ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee นี้มีความแตกต่างจากสัญญาค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะค้ำประกัน กล่าวคือ

1) สัญญาค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีสัญญาประธานเกิดขึ้นมาก่อน และหนี้ตามสัญญาประธานนั้นต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าสัญญาค้ำประกันจะเกิดขึ้นหรือสำเร็จผลหรือไม่จะต้องอาศัยผลของสัญญาประธานที่ทำให้เกิดสัญญาค้ำประกันนั้น แต่ในกรณีของสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee หาเป็นเช่นนั้นไม่ เนื่องจากความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันตามสัญญาค้ำประกันดังกล่าว มีความเป็นอิสระในตนเองแยกเป็นเอกเทศต่างหากจากสัญญาอื่นใด ดังนั้น การเรียกให้ชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee จึงไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความสมบูรณ์ของสัญญาประธาน เพียงแต่ผู้รับหนังสือค้ำประกันต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาค้ำประกันครบถ้วนแล้ว ธนาคารก็จะต้องชำระหนี้ตามหนังสือค้ำประกันนั้น

2) หนี้ตามสัญญาค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ระบุสถานะไว้ในลักษณะของหนี้ลำดับรอง กล่าวคือ เมื่อหนี้ตามสัญญาประธานถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนได้ในฐานะลูกหนี้ลำดับรอง แต่การชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee นั้น เป็นการที่ผู้รับหนังสือค้ำประกันสามารถเรียกให้ธนาคารชำระหนี้แก่ตนโดยตรง เมื่อผู้รับหนังสือค้ำประกันสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาค้ำประกันดังกล่าวแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างธนาคารและผู้รับหนังสือค้ำประกันจึงมีลักษณะเป็นความผูกพันที่ต้องชำระหนี้ตามเงื่อนไขในสัญญาซึ่งเป็นสัญญาประธาน มิใช่เป็นการชำระหนี้ตามสัญญาที่มีฐานะเป็นสัญญาอุปกรณ์

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 20056/2556 โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยในฐานะผู้ค้ำประกันยอมผูกพันตนเองโดยไม่มีเงื่อนไขที่จะค้ำประกันชนิดเพิกถอนไม่ได้เช่นเดียวกับลูกหนี้ชั้นต้นในการชำระเงินตามสิทธิเรียกร้องของโจทก์ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้าง ในกรณีที่ผู้รับจ้างก่อให้เกิดความเสียหายใด ๆ หรือต้องชำระค่าปรับหรือค่าใช้จ่ายใด ๆ หรือผู้รับจ้างมิได้ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ใด ๆ ที่กำหนดในสัญญาจ้าง โดยจำเลยจะไม่อ้างสิทธิใด ๆ เพื่อโต้แย้งและโจทก์ไม่จำเป็นต้องเรียกร้องให้ผู้รับจ้างชำระหนี้ก่อน ดังนั้น หากเป็นไปตามข้ออ้างการค้ำประกันตามหนังสือค้ำประกันท้ายฟ้องยอมไม่ใช้การผูกพันตนเองเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ แต่เป็นการค้ำประกันที่จำเลยมีความผูกพันจะต้องชำระเงินให้แก่โจทก์โดยเคร่งครัดอย่างลูกหนี้ชั้นต้นเมื่อมีการทวงถามตามเงื่อนไขโดยไม่ว่าอย่างเหตุใด ๆ ระหว่างโจทก์กับจำเลยร่วมซึ่งเป็นผู้รับจ้างชั้นปลดเปลื้องความรับผิดชอบ และความรับผิดชอบของจำเลยในกรณีนี้จะไม่ขึ้นอยู่กับความรับผิดชอบของจำเลยร่วม สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของโจทก์และจำเลยตามหนังสือค้ำประกันที่พิพาทกันในคดีนี้เป็นเอกเทศและต้องพิจารณาแยกต่างหากจากสัญญาว่าจ้างก่อสร้าง ส่วนผลแห่งการบังคับตามสัญญานี้จะกระทบถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของจำเลยและจำเลยร่วมตามคำขอให้ออกหนังสือค้ำประกันที่พิพาท หรือกระทบถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของโจทก์และจำเลยร่วมตามสัญญาว่าจ้างก่อสร้างอย่างไร เป็นเรื่องที่ต้องวางกล่าวกันต่างหาก

3) การชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกันในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มีเงื่อนไขประการสำคัญ คือ ผู้ค้ำประกันจะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันก็ต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระและลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ดังนั้น หากลูกหนี้ยังคงปฏิบัติตามชำระหนี้อยู่ หรือหนี้ที่ค้ำประกันไว้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ ผู้รับหนังสือค้ำประกันจะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนลูกหนี้ไม่ได้ แม้แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันยังมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับหนังสือค้ำประกันบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 688 ในขณะที่การชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee นั้น อาศัยมูลเหตุตามเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ตกลงกันไว้ในสัญญาค้ำประกันมาเป็นเงื่อนไขในการชำระชำระหนี้ ทำให้มูลเหตุแห่งการชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นมูลเหตุอันเนื่องมาจากการผิดนัดไม่ชำระหนี้แต่เพียงอย่างเดียว แต่อาจเป็นมูลเหตุจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและข้อกำหนดที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้

4) ในกรณีของสัญญาค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้รับหนังสือค้ำประกันจะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าหนี้ที่ค้ำประกันนั้นถึงกำหนดชำระแล้วและลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ หากข้อเท็จจริงดังกล่าวมิได้ปรากฏขึ้น ผู้รับหนังสือค้ำประกันจะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้แก่ตนไม่ได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee เนื่องจากการชำระหนี้ตามสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee นั้น ธนาคารจะต้องจ่ายเงินให้กับผู้รับหนังสือค้ำประกันทันทีที่ผู้รับหนังสือค้ำประกันได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลงตามสัญญาค้ำประกันถูกต้องครบถ้วนแล้วตามหลัก Pay First-Argue Later โดยผู้รับหนังสือค้ำประกันไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงตามที่ระบุไว้ในสัญญาประธานจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ และเมื่อธนาคารได้จ่ายเงินให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันไปอย่างถูกต้องแล้ว ธนาคารย่อมสิ้นสุดความรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกัน และสามารถเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันชดใช้เงินคืนแก่ธนาคารตามจำนวนที่ธนาคารจ่ายไป

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความแตกต่างของลักษณะของสัญญาค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee ดังกล่าวมิใช่สัญญาค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของสัญญาค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee ไว้ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวมีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร และในกรณีที่ธนาคารได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศตามภาระผูกพันในสัญญาค้ำประกันแล้ว จะสามารถไต่เบี่ยเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้หรือไม่ อย่างไร

4.1.1.3 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกันภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758

ในกรณีที่เจ้าหนี้ต่างประเทศกำหนดข้อตกลงให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 อาจทำให้เกิดปัญหาว่าจะสามารถนำหลักเกณฑ์ URDG 758 ดังกล่าวมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งโดยหลัก เจ้าหนี้ต่างประเทศซึ่งเป็นผู้รับหนังสือค้ำประกันและธนาคารจะสามารถตกลงกันเลือกใช้กฎหมายใดบังคับกับหนังสือค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee ก็ได้ ตามมาตรา 13 วรรคหนึ่ง ตอนต้น ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งบัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี” ทำให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันกำหนดให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 ซึ่งออกโดยสภาหอการค้านานาชาติเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการออกหนังสือค้ำประกันให้เป็นไปมาตรฐานเดียวกันทั่วโลก และหลีกเลี่ยงการตีความที่แตกต่างกันเมื่อมีการใช้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศก็ได้ แต่เมื่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเพียงแบบธรรมเนียมและพิธีปฏิบัติที่หอการค้านานาชาติซึ่งเป็นองค์กรเอกชนจัดทำขึ้นเพื่อใช้ในทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ มิได้มีสภาพบังคับดังเช่นกฎหมาย ทำให้การนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันของธนาคารจึงสามารถเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณีคือ

1) กรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้นำหลักเกณฑ์ URDG 758 มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา สภาพบังคับของหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงเกิดจากอำนาจการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

2) กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ระบุชัดแจ้งในสัญญาค้ำประกันว่าให้อยู่ภายใต้บังคับของหลักเกณฑ์ URDG 758 เมื่อมีข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลจะนำหลักเกณฑ์ URDG 758 มาปรับใช้ในฐานะเป็นข้อกำหนดของสัญญาไม่ได้ และเมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 กำหนดมิให้ศาลปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือว่าบทบัญญัติที่จะใช้นั้นเคลือบคลุมหรือไม่สมบูรณ์ ศาลจะนำหลักเกณฑ์ URDG 758 มาปรับใช้ในคดีได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 กล่าวคือ เมื่อไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับแก้คดี ให้วินิจฉัยตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น แต่หากไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาปรับใช้ได้ ก็ให้วินิจฉัยโดยเทียบเคียงบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่หากยังไม่สามารถนำบทกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับวินิจฉัยกับคดีได้อย่างเหมาะสมเป็นธรรมแล้ว ก็จะต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับ

สำหรับจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น จะต้องเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปยอมรับและถือปฏิบัติตาม เป็นเวลายาวนานต่อเนื่อง โดยไม่ขัดต่อกฎหมายความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมทำอันดีของท้องถิ่น นั้น แต่เมื่อพิจารณาถึงความเป็นมาของหลักเกณฑ์ URDG 758 จะเห็นว่ามีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ตลอดเวลา เพื่อให้เหมาะสมกับรูปแบบของการดำเนินธุรกิจที่พัฒนาเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลา จาก เดิมที่เป็น URDG 325 ก็แก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็น URDG 458 ก่อนที่จะเปลี่ยนมาใช้ URDG 758 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ของ URDG 758 ดังกล่าว ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นจารีต ประเพณี สำหรับการนำมาปรับใช้โดยการเทียบเคียงกับบทบัญญัติของกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ผู้เขียนได้เคยกล่าวอธิบายแล้วว่า การออกหนังสือค้ำประกันภายใต้หลักเกณฑ์ URDG 758 จะเป็นการ ออกหนังสือค้ำประกันโดยมีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับ บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน แต่ก็มี ความแตกต่างกันอย่างมากในสาระสำคัญ จึงมีอาจนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน มา ปรับใช้ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แต่อาจนำหลักเกณฑ์ URDG 758 มาปรับใช้ ในการวินิจฉัยคดีโดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ ซึ่งท่านอาจารย์ไพจิตร บุญญพันธ์ ได้อธิบาย เกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป หมายความว่า หลักที่มีอยู่ในกฎหมายทั่ว ๆ ไป ไม่จำกัดเฉพาะกฎหมายไทยหรือกฎหมายภายในของประเทศอื่น แต่เป็นกฎหมายที่ชาติที่เจริญ แล้วยอมรับนับถือกัน ซึ่งอาจมิใช่หลักกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น การแปลว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของไทยเท่านั้นจะเป็นการแปลความแบบจำกัด ซึ่งไม่ชอบในการแปล เนื่องจากตัวบทไม่ได้จำกัดไว้เช่นนั้น นอกจากนี้ความยุติธรรมก็ยังเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย” ในขณะที่ท่านอาจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้อธิบายว่า “หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายที่ ประเทศส่วนมากในโลกยอมรับรองและใช้อยู่ด้วยกัน จึงมิใช่กฎหมายต่างประเทศที่เป็นของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ” และท่านอาจารย์กำชัย จงจักรพันธ์ อธิบายว่า “หลักกฎหมายทั่วไปเป็น ทางออกสุดท้ายที่ศาลอาจนำมาอุดช่องว่างของกฎหมาย ควรมีความหมายกว้าง ๆ มิฉะนั้นแล้วศาล อาจมีปัญหาไม่สามารถวินิจฉัยคดีได้ ดังนั้นจะเป็นสุภาษิตกฎหมาย กฎหมายของประเทศใดประเทศ หนึ่ง อนุสัญญาาระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์หรือระเบียบปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับกันหรือหลักใดหลักหนึ่ง ที่ศาลเห็นสมควรหรือแม้แต่ความยุติธรรมตามธรรมชาติก็ได้” อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าแม้ปัจจุบัน ยังมีได้มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยโดยตรงเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ URDG 758 ไว้ แต่ศาลได้เคยมีคำพิพากษา เกี่ยวกับ UCP ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ออกโดยสภาหอการค้านานาชาติและมีสถานะทางกฎหมาย เช่นเดียวกับ URDG 758 ไว้ว่าศาลฎีกายอมรับให้นำเอาบทบัญญัติของ UCP มาบังคับใช้แก่คดีได้ แต่ จะนำบทบัญญัติดังกล่าวมาผูกมัดคู่สัญญาได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงเสียก่อนว่าคู่สัญญาได้ทราบถึง

ประเพณีนั้น ทำให้ธนาคารมีภาระที่จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงประเพณีและระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 กับหนังสือค้ำประกัน ศาลจึงอาจตัดสินให้หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีผลผูกพันบังคับกันได้ แต่หากธนาคารซึ่งกล่าวอ้างหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ ย่อมทำให้ธนาคารมีเสียงที่เมื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันที่ออกภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 ดังกล่าวแล้ว จะไม่สามารถไล่เบี่ยเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้

4.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิไล่เบี่ยของธนาคารพาณิชย์ในฐานะผู้ค้ำประกัน

4.1.2.1 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์ค้ำประกันแม้ว่าหนี้ของลูกหนี้จะขาดอายุความ

อายุความ

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 680 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติลักษณะสำคัญของการค้ำประกันไว้ว่า “อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้” บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สัญญาค้ำประกันจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ซึ่งเป็นหนี้ประธานอยู่ก่อนแล้ว จึงจะมีการทำสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นหนี้อุปรกรณ์ได้ ประกอบกับเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 681 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติถึงลักษณะของหนี้ประธานที่อาจค้ำประกันได้ไว้ว่า “อันค้ำประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์” จะเห็นว่าหนี้ตามสัญญาประธานที่จะค้ำประกันได้นั้น จะต้องมิอยู่และเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ เพราะการเกิดขึ้นของสัญญาประธานส่งผลกระทบต่อความมิอยู่และความสมบูรณ์ของสัญญาค้ำประกันซึ่งเป็นสัญญาอุปรกรณ์ด้วย นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 683 ยังได้บัญญัติถึงขอบเขตความรับผิดของผู้ค้ำประกันไว้ว่า “อันค้ำประกันอย่างไม่มีจำกัดนั้นย่อมคุ้มถึงดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปรกรณ์แห่งหนี้รายนั้นด้วย” ทำให้ในกรณีที่เป็นการทำสัญญาค้ำประกันแบบจำกัดความรับผิด เช่น จำกัดจำนวนเงินที่รับผิด หรือจำกัดระยะเวลา เป็นต้น ผู้ค้ำประกันก็ย่อมมีความรับผิดในสัญญาเพียงเท่าที่ตนได้แสดงเจตนาจำกัดความรับผิดเอาไว้ แต่ในกรณีที่เป็นการทำสัญญาค้ำประกันแบบไม่จำกัดความรับผิด ขอบเขตความรับผิดของผู้ค้ำประกันจะครอบคลุมไปตั้งแต่ต้นเงิน ดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปรกรณ์แห่งหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 683 ด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 680

ประกอบมาตรา 683 แล้วจะเห็นได้ว่าผู้ค้าประกันไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบไปกว่าความรับผิดชอบของลูกหนี้ โดยเด็ดขาด⁷

สำหรับสัญญาทางธุรกิจต่างประเทศมักจะเป็นสัญญาที่มีมูลค่ามหาศาล หรือเป็นสัญญา ก่อสร้างโครงการขนาดใหญ่ที่หากเกิดกรณีผิดสัญญาขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อเป็นวงกว้างไม่เพียงเฉพาะ ต่อตัวคู่สัญญาเท่านั้น เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจะสามารถเรียกให้ธนาคารรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ ครอบคลุมจำนวนหนี้ที่เกิดขึ้นทั้งหมด เจ้าหนี้ต่างประเทศจึงกำหนดให้ฝ่ายลูกหนี้จะต้องนำหนังสือค้ำประกันของธนาคารชนิดไม่จำกัดความรับผิดมาวางไว้เป็นหลักประกัน กล่าวคือ เจ้าหนี้ต่างประเทศจะ กำหนดให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันสละสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ว่าหนี้ของลูกหนี้ขาดอายุความไปแล้ว ซึ่งโดยทั่วไปเมื่อหนี้ตามสัญญาประธารระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ต่างประเทศขาดอายุความ ลูกหนี้อย่อม มีสิทธิจะยกเรื่องหนี้ขาดอายุความดังกล่าวขึ้นมาปฏิเสธการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศได้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/10 และผู้ค้ำประกันเองก็มีสิทธิยกข้อต่อสู้เรื่องหนี้ ของลูกหนี้ขาดอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ต่อเจ้าหนี้ต่างประเทศได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ มาตรา 694 อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันยอมผูกพันตนให้รับในหนี้ที่ขาดอายุความนั้น ย่อมสามารถทำได้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะอายุความนั้นหากไม่ยกขึ้นเป็นข้อ ต่อสู้ ศาลก็ไม่อาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้⁸ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน กำหนดห้ามมิให้ผู้ค้ำประกันตกลงค้ำประกันเกินกว่าความรับผิด ของลูกหนี้ ดังนั้นผู้ค้ำประกันจึงมีอิสระในการที่จะแสดงเจตนาตกลงว่าจะรับผิดชอบเพียงใดก็ได้ ตามหลัก ความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และท่านอาจารย์พจน์ ปุષปา คม ยังได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับการทำข้อตกลงในลักษณะนี้ว่า “ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันยอมผูกพันตน ให้รับผิดชอบในหนี้ที่ขาดอายุความเรียกร้องจากลูกหนี้อาจจะกระทำได้ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยต่อ ประชาชน เพราะอายุความนั้นถ้ามิได้ยกขึ้นต่อสู้ศาลก็ไม่อาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้⁹”

นอกจากนี้ศาลฎีกาได้วางหลักให้ผู้ค้ำประกันสามารถทำข้อตกลงในลักษณะสละสิทธิที่จะยก ข้อต่อสู้ว่าหนี้ของลูกหนี้ขาดอายุความได้ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2505¹⁰ โดย ไม่ถือว่าการทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวเป็นการขยายอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและ

⁷ ณัฐวดี บุญชื่น, "ปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมายเรื่องความรับผิดของผู้ค้ำประกัน", (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555).

⁸ นายพจน์ ปุષปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนวน 3 หน้า สิทธิยึดหน่วง และ บูริมสิทธิ, หน้า 116-117

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 116

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2505 “ข้อความซึ่งระบุไว้ในสัญญาค้ำประกันว่าแม้ลูกหนี้ตายเกิน 1 ปีผู้ค้ำประกันก็คง ยอมรับใช้แทน นั้น ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และไม่เป็นการขยายอายุความ”

พาณิชย์ มาตรา 193/11 แต่เป็นกรณีที่ผู้ค้าประกันยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้โดยมีข้อสัญญาพิเศษว่าจะไม่ยกอายุความของลูกหนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ การชำระหนี้ของผู้ค้าประกันดังกล่าวจึงมิใช่เป็นการชำระหนี้ของลูกหนี้ แต่เป็นการชำระหนี้ของผู้ค้าประกันเองตามข้อสัญญาพิเศษ ผู้ค้าประกันจะอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 693 มาเรียกให้ลูกหนี้ใช้เงินคืนหรือไถ่เบีย้อาจจากลูกหนี้ไม่ได้ เพราะถือว่าผู้ค้าประกันแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้โดยสมัครใจเองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 695

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อธนาคารได้ออกหนังสือค้ำประกันตามคำขอของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งยินยอมให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันโดยสละสิทธิ์ในการยกข้อต่อสู้เรื่องอายุความตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา ธนาคารก็ย่อมจะมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันชดใช้เงินตามจำนวนที่ธนาคารได้ชำระหนี้ตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันคืนได้ ดังนั้น การกำหนดให้กรณีที่ผู้ค้าประกันสละสิทธิ์ในการยกข้อต่อสู้เรื่องอายุความของลูกหนี้ถือเป็นการละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ อันเป็นเหตุให้ผู้ค้าประกันสิ้นสิทธิไถ่เบีย้อาจแก่ลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 695 ประกอบ มาตรา 693 จึงไม่เป็นธรรมต่อผู้ค้าประกัน บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 695 จึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

4.1.2.2 กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารพาณิชย์รับผิดชอบลูกหนี้ร่วม

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 ซึ่งกำหนดลักษณะของสัญญาค้ำประกันไว้ว่าหมายถึง การที่บุคคลภายนอกคนหนึ่งผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ว่าชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น ทำให้ความรับผิดของผู้ค้าประกันมีลักษณะเป็นความรับผิดเพื่อบุคคลอื่น กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ค้าประกันมีฐานะและความรับผิดแตกต่างไปจากลูกหนี้ กล่าวคือ ผู้ค้าประกันมีฐานะเป็นลูกหนี้ลำดับรองและมีความรับผิดเพียงขั้นที่สองเท่านั้น กล่าวคือ แม้เจ้าหนี้จะสามารถเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ได้ตั้งแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัดก็ตาม แต่กฎหมายได้บัญญัติสิทธิพิเศษบางประการให้ผู้ค้าประกันในฐานะที่เป็นลูกหนี้ลำดับรองเพื่อยกขึ้นปฏิเสธหรือบ่ายเบี่ยงไม่ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ในทันทีเมื่อถูกเรียกให้ชำระหนี้¹¹ โดยกำหนดให้ผู้ค้าประกันมีสิทธิ 3 ประการ คือ

¹¹ ญัตติ บุญขึ้น, ปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมายเรื่องความรับผิดของผู้ค้าประกัน, หน้า 144.

1) สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหนี้ไปบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 688¹²

2) สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 689¹³ และ

3) สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันก่อน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 690¹⁴

ดังนั้น หากผู้ค้าประกันใช้สิทธิพิเศษดังกล่าวอย่างใดอย่างหนึ่ง เจ้าหนี้ก็จะไม่สามารถเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ได้ทันที แต่จะต้องบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันก่อน ซึ่งสิทธิพิเศษดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นสิทธิของผู้ค้าประกันโดยเฉพาะ หากผู้ค้าประกันมิได้ใช้สิทธินั้นและเข้าชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แทนลูกหนี้ไป ผู้ค้าประกันก็ยังคงมีสิทธิไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ได้เต็มจำนวน

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 686 วรรคหนึ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 บัญญัติว่า “เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ให้เจ้าหนี้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ค้าประกันภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด และไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดเจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ก่อนที่หนังสือบอกกล่าวจะไปถึงผู้ค้าประกันมิได้ แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ค้าประกันที่จะชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ” ทำให้เจ้าหนี้มีหน้าที่จะต้องทำหนังสือบอกกล่าวแจ้งไปยังธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้าประกันภายใน 60 วันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้ต่างประเทศจึงจะสามารถใช้สิทธิเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ได้

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้ต่างประเทศจะกำหนดให้ธนาคารในฐานะผู้ค้าประกันยอมรับผิดร่วมกับลูกหนี้ หรือยอมผูกพันตนโดยไม่มีเงื่อนไขในการชำระเงินตามสิทธิเรียกร้องให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศโดยธนาคารจะไม่อ้างสิทธิใด ๆ ขึ้นโต้แย้งทั้งสิ้น¹⁵ ซึ่งมีลักษณะเป็นการสละสิทธิพิเศษทั้งสามประการของผู้ค้าประกัน เพื่อให้เจ้าหนี้ต่างประเทศมั่นใจว่าหากลูกหนี้ไม่สามารถชำระ

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 688 บัญญัติว่า “เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ ผู้ค้าประกันจะขอให้เรียกลูกหนี้ชำระก่อนก็ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายเสียแล้ว หรือไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขต”

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 689 บัญญัติว่า “ถึงแม้จะได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ดังกล่าวมาแล้วในมาตรา ก่อนนั้นแล้วก็ตาม ถ้าผู้ค้าประกันพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้มีทางที่จะชำระหนี้ได้ และการที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้นั้นไม่เป็นการยากไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องบังคับการชำระหนี้รายนั้นเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน”

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 690 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้มีทรัพย์สินของลูกหนี้ยึดถือไว้เป็นประกันไซ้ เมื่อผู้ค้าประกันร้องขอ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องให้ชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินเป็นประกันนั้นก่อน”

¹⁵ we, ... Public Company Limited, hereby undertake to pay you as the primary obligor up to the above amount

หนี้ได้ ตนก็จะสามารถเรียกให้ธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันซึ่งมีสถานะทางการเงินน่าเชื่อถือกว่าลูกหนี้รับผิดชอบหนี้ได้ทันที โดยไม่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน และถือเป็นการป้องกันความเสียหายที่เจ้าหนี้อาจได้รับเพิ่มขึ้นจากการผิดสัญญา จนทำให้ความเสียหายดังกล่าวเกินวงเงินความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน ซึ่งการทำข้อตกลงให้ธนาคารยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) มีความแตกต่างจากการทำข้อตกลงให้ธนาคารรับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้ (Joint Liable) กล่าวคือ

1) ถ้าผู้ค้ำประกันยอมรับผิดเป็นลูกหนี้ร่วมหรืออย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) จะไม่มีสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 693 ถึง 697 ในเรื่องการใช้สิทธิไล่เบียด การรับช่วงสิทธิ และการยกข้อต่อสู้ แต่ผู้ค้ำประกันที่ยอมรับผิดร่วมกับลูกหนี้ (Joint Liable) ยังมีสิทธิตามมาตราดังกล่าว

2) ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันยอมรับผิดเป็นลูกหนี้ร่วมหรืออย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) หากลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งรับสภาพหนี้ต่อเจ้าหนี้ มีผลให้อายุความสะดุดหยุดลงจะมีผลเป็นโทษแต่เฉพาะเฉพาะแต่ลูกหนี้ร่วมคนนั้น ไม่มีผลไปถึงลูกหนี้ร่วมคนอื่นด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 295 แต่ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันยอมรับผิดร่วมกับลูกหนี้ (Joint Liable) เมื่อลูกหนี้ชั้นต้นรับสภาพหนี้แล้ว ทำให้อายุความสะดุดหยุดลง จะเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 692¹⁶

3) ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันยอมรับผิดเป็นลูกหนี้ร่วมหรืออย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) หากลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งใช้หนี้ไปแล้วจะไม่สามารถไล่เบียดจากลูกหนี้ร่วมคนอื่นเต็มจำนวนได้ เนื่องจาก

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 46/2538 ตามสัญญาทรัสต์รีซีทีทั้ง 4 ฉบับ ข้อ 6 กำหนดไว้ว่าจำเลยที่ 1 ยอมเสียดอกเบี้ยให้แก่โจทก์ในอัตราร้อยละ 18 ต่อปี ในจำนวนเงินที่คำนวณแล้วที่ต้องชำระแก่โจทก์โดยเริ่มนับจากวันทำสัญญานี้จนถึงวันที่โจทก์ได้รับเงินครบถ้วนจากจำเลยที่ 1 ข้อกำหนดดังกล่าวไม่ได้ระบุเวลาให้จำเลยที่ 1 ชำระดอกเบี้ยและจะอนุমানจากพฤติการณ์ก็ไม่ได้โจทก์ย่อมจะเรียกให้จำเลยที่ 1 ชำระดอกเบี้ยได้โดยพลันนับแต่วันทำสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 วรรคหนึ่ง อายุความจึงเริ่มนับตั้งแต่วันทำสัญญาทรัสต์รีซีทีเช่นกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 (เดิม) อายุความดอกเบี้ยค้างส่งเริ่มนับจากวันถัดจากวันดังกล่าวไปจนกว่าจะครบ 5 ปี การที่จำเลยที่ 1 ชำระดอกเบี้ยสำหรับสัญญาทรัสต์รีซีทีทั้ง 4 ฉบับบางส่วนทำให้อายุความสะดุดหยุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 172 (เดิม) โจทก์ฟ้องคดีนี้ภายในกำหนด 5 ปีจึงไม่ขาดอายุความเรียกดอกเบี้ย จำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันซึ่งยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมเหตุที่อายุความสะดุดหยุดลงเป็นโทษแก่ลูกหนี้ผู้นั้นยอมเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 692 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นมาตรา 295 จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 3 ผู้จำนองแม้หนังสือต่อท้ายสัญญาจำนวนระบุว่าให้รับผิดชอบในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วมด้วยเมื่อจำเลยที่ 1 รับสภาพหนี้ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงย่อมไม่มีผลถึงจำเลยที่ 3 เพราะเป็นเรื่องเฉพาะตัวของจำเลยที่ 1 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 295 วรรคสองจำเลยที่ 3 ผู้จำนองจึงต้องรับผิดชอบดอกเบี้ยที่ค้างชำระย้อนหลังไป 5 ปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 189 (เดิม) และมาตรา 745 จำเลยทั้งสามฎีกาว่าการผ่อนชำระหนี้จำเลยทั้งสามมิได้กำหนดชำระหนี้รายใดไว้โดยเฉพาะโจทก์ขอยที่จะเอาชำระหนี้ค่าธรรมเนียมและดอกเบี้ยก่อนแต่โจทก์เลือกการชำระหนี้เองตามใจชอบจึงไม่ผูกพันจำเลยทั้งสามนั้นประเด็นข้อนี้จำเลยทั้งสามไม่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวในศาลชั้นต้นและไม่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 249 ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย

ลูกหนี้ร่วมทุกคนต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 296 ดังนั้น ถ้ามีลูกหนี้ร่วม 2 คนก็มีสิทธิไล่เบี้ยได้เพียงกึ่งหนึ่ง ในขณะที่ผู้ค้ำประกันยอมรับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้ (Joint Liable) ยังมีคงสิทธิเหมือนผู้ค้ำประกันทั่วไป กล่าวคือ มีสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาจากลูกหนี้ได้เต็มจำนวนพร้อมดอกเบี้ยและเพื่อการต้องเสียหายเพราะการค้ำประกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 693

ดังนั้น จึงอาจเกิดปัญหาว่าในกรณีที่เจ้าหนี้ต่างประเทศกำหนดข้อตกลงให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมและเจ้าหนี้ต่างประเทศประสงค์จะให้เรียกให้ธนาคารรับผิดชอบตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกัน เจ้าหนี้ต่างประเทศจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดของลูกหนี้ไปยังธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันภายใน 60 วันหรือไม่ อย่างไร

ผู้เขียนเห็นว่า การทำข้อตกลงยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) มีความแตกต่างจากการทำข้อตกลงยอมรับผิดร่วมกับลูกหนี้ (Joint Liable) เพราะการเป็นลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) ทำให้ผู้ค้ำประกันต้องอยู่ในฐานะลูกหนี้ชั้นต้น ซึ่งไม่สามารถจะอยู่สถานะผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นลูกหนี้ลำดับรองได้อีกสถานะหนึ่ง อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลักเกี่ยวกับการทำข้อตกลงยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมไว้ว่า “แม้ในสัญญาค้ำประกันจะมีข้อตกลงยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม ก็เป็นการยอมรับผิดร่วมกันกับลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 691 ซึ่งมีได้ทำให้จำเลยผู้ค้ำประกันกลายเป็นลูกหนี้ร่วมเต็มตัวอย่างลูกหนี้ร่วมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 291 จำเลยคงเสียสิทธิเพียงไม่อาจยกข้อต่อสู้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 688, 689 และ 690 ขึ้นต่อสู้เท่านั้น นอกนั้นมิได้เสียสิทธิของผู้ค้ำประกัน ตามบทบัญญัติในลักษณะค้ำประกันแต่อย่างใด”¹⁷ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันสามารถทำข้อตกลงยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมได้ โดยมีได้ทำให้ธนาคารมีสถานะเป็นลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) แต่อย่างไรก็ตาม ธนาคารจึงยังคงเป็นผู้ค้ำประกันซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นลูกหนี้ลำดับรองอยู่นั่นเอง ทำให้เจ้าหนี้ต่างประเทศมีหน้าที่จะต้องทำหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดชำระหนี้ของลูกหนี้ต่อธนาคารภายใน 60 วันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด มิฉะนั้นแล้วเจ้าหนี้ต่างประเทศจะไม่สามารถใช้สิทธิเรียกให้

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 247/2541 จำเลยเป็นผู้ค้ำประกัน อ. แม้จะยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม ก็เป็นการยอมรับผิดร่วมกันกับลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 691มิได้ทำให้กลายเป็นลูกหนี้ร่วมเต็มตัวอย่างลูกหนี้ร่วมตามมาตรา 291 จำเลยคงเสียสิทธิเพียงไม่อาจยกข้อต่อสู้ตามมาตรา 688,689 และ 690 ขึ้นต่อสู้เท่านั้นนอกนั้นมิได้เสียสิทธิของผู้ค้ำประกันตามบทบัญญัติในลักษณะค้ำประกันแต่อย่างใด ดังนั้น จำเลยยอมมีสิทธิตามมาตรา 694ที่ยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลายซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ชั้นต่อสู้ได้ด้วย ซึ่งตามบทบัญญัตินี้ไม่มีข้อความตอนใดที่จะแสดงให้เห็นว่าข้อต่อสู้ที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ซึ่งค้ำประกันจะยกขึ้นได้ ต้องไม่เกี่ยวกับเรื่องอายุความมรดกทั้งคดีนี้ไม่ใช่คดีมรดกเป็นเรื่องโจทก์ที่ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบในฐานะผู้ค้ำประกันจำเลยยอมใช้สิทธิตามมาตรา 694 ได้จึงไม่เกี่ยวกับว่าจำเลยจะเป็นบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1755 หรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าโจทก์มิได้ใช้สิทธิเรียกร้องต่อกองมรดกของ อ. ภายใน 1 ปีนับแต่ทราบว่ามีอ. ถึงแก่ความตาย สิทธิเรียกร้องของโจทก์ต่อกองมรดกของ อ. จึงขาดอายุความ ตามมาตรา 1754 วรรคสามจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบชำระหนี้ตามฟ้อง

ธนาคารชำระหนี้ได้ จึงเกิดเป็นปัญหาความไม่เหมาะสมในการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกัน มาใช้บังคับกับการออกหนังสือคำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ต่างประเทศ เนื่องจากการเพิ่มภาระให้แก่เจ้าหนี้ที่จะต้องมีหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดชำระหนี้ ของลูกหนี้ก่อนเป็นระยะเวลาถึง 60 วัน จึงจะสามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกัน รับผิดได้ และเป็นการขัดกับเจตนาของเจ้าหนี้ต่างประเทศที่ประสงค์จะกำหนดข้อตกลงให้ธนาคารรับ ผิดอย่างลูกหนี้ร่วมก็เพื่อต้องการใช้สิทธิเรียกร้องให้ธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันซึ่งมีสถานะทางการเงิน น่าเชื่อถือกว่าลูกหนี้รับผิดชำระหนี้ได้ทันที โดยไม่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการบังคับชำระหนี้เอา จากลูกหนี้นั้นก่อน บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับการออกหนังสือคำประกัน ของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

4.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการระงับสิ้นไปของหนังสือคำประกัน

โดยหลัก เมื่อธนาคารออกหนังสือคำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศแล้ว ธนาคารย่อมต้อง ผูกพันตามหนังสือคำประกันจนกว่าหนี้ตามสัญญาประธาณที่ตนเข้าค้ำประกันนั้นจะระงับ หรือ ธนาคารจะหลุดพ้นจากความรับผิดเพราะมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการระงับสิ้นไปของสัญญาคำประกันแล้ว จะเห็นได้ว่า นอกจากสัญญาคำประกันจะระงับสิ้นไปด้วยเหตุตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ซึ่งเป็นหลักทั่วไปแล้ว เช่น สัญญาคำประกันระงับเมื่อผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ตามหนังสือคำ ประกันแล้ว หรือเมื่อผู้ค้ำประกันและเจ้าหนี้ได้ทำข้อตกลงยกเลิกการค้ำประกัน เป็นต้น สัญญาคำ ประกันยังอาจระงับสิ้นไปด้วยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 11 หมวด 4 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการระงับสิ้นไปของสัญญาคำประกันไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ

1) ในกรณีที่หนี้ตามสัญญาประธาณที่ได้มีการค้ำประกันระงับสิ้นไป สัญญาคำประกันซึ่งเป็น สัญญาอุปรณ์ย่อมระงับสิ้นไปด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 698

2) ในกรณีที่หนี้ตามสัญญาประธาณมีลักษณะเป็นการกระทำกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่ มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ เมื่อผู้ค้ำประกันได้บอกเลิกการค้ำประกัน ย่อมทำให้ผู้ค้ำประกันไม่ต้อง รับผิดในหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังคำบอกเลิกสัญญานั้นได้ไปถึงเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พหณิชย มาตรา 699

3) ในกรณีที่หนี้ตามสัญญาประธาณเป็นหนี้ที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้ที่แน่นอน และเจ้าหนี้ตกลง ปล่อยเวลาให้กับลูกหนี้ โดยผู้ค้ำประกันมิได้ตกลงด้วยการปล่อยเวลานั้น ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้น จากความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 700

4) ในกรณีที่หนี้ตามสัญญาประธานถึงกำหนดชำระและผู้ค้าประกันได้ขอเข้าชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ แต่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ นั้น ผู้ค้าประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 701

อย่างไรก็ตาม โดยธรรมเนียมปฏิบัติภายหลังจากที่ธนาคารออกและมอบหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศแล้ว หากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศได้คืนหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศได้ทำหนังสือยืนยันแจ้งการหมดภาระการค้ำประกันให้แก่ธนาคาร ธนาคารย่อมจะหมดภาระผูกพันตามหนังสือค้ำประกันไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น และโดยทั่วไป ธนาคารจะต้องคืนหลักประกันการออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน เช่น ตามหลักเกณฑ์ URDG 758 ข้อ 25 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการสิ้นผลของหนังสือค้ำประกัน ในกรณีที่หนังสือค้ำประกันถูกส่งกลับมายังผู้ค้าประกันหรือเมื่อผู้รับหนังสือค้ำประกันปลดเปลื้องความรับผิดตามหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้ค้าประกัน เป็นต้น ซึ่งถือได้ว่าการระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกันในลักษณะดังกล่าวเป็นการระงับสิ้นไปของสัญญาตามหลักทั่วไปซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 กล่าวคือ เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันเอาเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเป็นการระงับสิ้นไปของสัญญาไว้ล่วงหน้า แต่จากการศึกษาลักษณะของหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศพบว่าได้มีการระบุไว้อย่างชัดเจนถึงธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว โดยทำเป็นข้อตกลงในหนังสือค้ำประกัน¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 327 วรรคสาม¹⁹ จึงวางหลักให้สันนิษฐานว่า หนี้ตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้วเพราะหากการชำระหนี้ยังไม่เสร็จสิ้นเจ้าหนี้ต่างประเทศย่อมไม่มีทางคืนหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารเด็ดขาด แต่ก็ข้อสันนิษฐานเช่นนี้ไม่อาจถือเป็นเด็ดขาดได้ หากเจ้าหนี้ต่างประเทศสามารถนำสืบให้ปรากฏข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นก็ย่อมต้องฟังตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้น²⁰ โดยศาลได้วางแนวทางไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2790/2549 ว่า “แม้โจทก์คืนหนังสือค้ำประกันของจำเลยให้แก่ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ไปเพราะความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่โจทก์ แต่โจทก์มิได้เจตนาประสงค์จะให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. และจำเลยพ้นจากความรับผิด ถึงจำเลยจะได้รับเวนคืนหนังสือค้ำประกันดังกล่าวซึ่งเป็นเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนึ่ง ซึ่งเข้าข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 327 วรรคสามว่า หนี้เป็นอันระงับสิ้นไปแล้วก็ตาม แต่ข้อสันนิษฐานตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมิใช่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ. ยังคงต้องรับผิดในค่าเสียหายและค่าปรับแก่โจทก์ จำเลยผู้ค้าประกันจึงไม่หลุดพ้นจากความรับผิดในหนี้ดังกล่าวตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและ

¹⁸ โปรดดูภาคผนวก ค

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 327 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ได้เวนคืนแล้วไซ้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไปแล้ว”

²⁰ ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนาร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 506.

พาณิชย์ มาตรา 698 จำเลยจะอ้างธรรมเนียมปฏิบัติของธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไปว่า เมื่อจำเลยได้รับ เวนคืนต้นฉบับหนังสือค้ำประกันจากทางหุ้นส่วนจำกัด อ. ผู้เป็นลูกค้าโดยสุจริต และจำเลยคืน หลักประกันไปจำเลยก็หลุดพ้นจากความรับผิดในฐานะผู้ค้ำประกันแล้วหาได้ไม่ ทั้งนี้ เพราะกรณีไม่ ต้องบทยัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความระงับสิ้นไปแห่งการค้ำประกันอันเป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันหลุด พ้นจากความรับผิด ดังที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 698 ถึงมาตรา 701” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในกรณีที่สัญญาค้ำประกันมิได้กำหนดข้อตกลงไว้อย่างชัดเจนว่าให้ สัญญาค้ำประกันสิ้นสุดลงเมื่อผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศได้เวนคืนหนังสือค้ำ ประกันหรือได้ทำหนังสือยืนยันแจ้งการหมดภาระการค้ำประกัน แม้ว่าโดยธรรมเนียมปฏิบัติของ ธนาคารจะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสิ้นสุดความรับผิดตามสัญญาค้ำประกันก็ตาม แต่ธนาคาร ก็ไม่สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้หากเจ้าหนี้ต่างประเทศนำคดีมาฟ้องต่อศาลและสามารถนำสืบ ข้อเท็จจริงได้ว่าหนี้ตามสัญญาประธานที่ธนาคารเข้าค้ำประกันนั้นยังไม่ระงับสิ้นไป ทำให้ธนาคารก็ ยังคงต้องรับผิดตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวแม้ว่าธนาคารจะได้รับหนังสือค้ำประกันนั้นคืนมาโดย สุจริต และหากธนาคารได้คืนหลักประกันการออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ไปแล้ว ธนาคารย่อมต้องรับภาระความเสี่ยงจากความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ธนาคารเรียกให้ผู้ ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบ แต่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้ ให้แก่ธนาคารได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน หมวด 4 กำหนดเรื่องการระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกันเป็นการเฉพาะ คือ การระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำ ประกันตามบทยัญญัติในมาตรา 698-701 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยมีได้บัญญัติถึงกรณีการ ระงับสิ้นไปของหนังสือค้ำประกันเมื่อมีการเวนคืนหนังสือค้ำประกันหรือมีหนังสือแจ้งยืนยันการหมด ภาระการค้ำประกัน อันเป็นธรรมเนียมปฏิบัติโดยทั่วไปของทุกธนาคาร ทำให้เมื่อมีได้มีข้อสัญญา กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ธนาคารจึงไม่สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดตามหนังสือค้ำประกันได้ แม้ว่า ธนาคารจะได้รับเวนคืนหนังสือประกันมาโดยสุจริต เพราะเจ้าหนี้ต่างประเทศย่อมได้รับประโยชน์จาก บทสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 327 วรรคสาม ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทยัญญัติเกี่ยวกับการระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกันยังไม่เพียงพอและครอบคลุมถึงกรณีการได้รับ เวนคืนหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือแจ้งยืนยันการหมดภาระการค้ำประกัน

4.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีข้อพิพาทตามหนังสือค้ำประกัน

โดยหลัก เมื่อคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในหนังสือค้ำประกัน คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล สำหรับข้อพิพาทที่เกิด จากหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศอันเป็นข้อเท็จจริงที่มี

องค์ประกอบต่างประเทศหรือเป็นข้อเท็จจริงที่พัวพันกับต่างประเทศ ศาลแห่งประเทศที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงเป็นศาลแห่งประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่ ศาลแห่งประเทศที่คู่กรณีมีภูมิลำเนา หรือศาลแห่งประเทศที่มีมูลคดีเกิดขึ้น หรือศาลแห่งประเทศที่การบังคับการตามสัญญา นั้นจึงอาจเกิดปัญหาได้ว่าศาลในประเทศใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดี ซึ่งเมื่อพิจารณากะบวนการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารแล้ว จะเห็นได้ว่าการที่ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศถือเป็นการทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาค้ำประกันต่อเจ้าหนี้ต่างประเทศ เมื่อเจ้าหนี้ต่างประเทศแจ้งกลับมายังธนาคารเพื่อขอเข้าถือเอาประโยชน์ตามหนังสือค้ำประกัน จึงเป็นการทำคำสนองตอบรับคำเสนอขอเข้าทำสัญญา สัญญาค้ำประกันจึงเกิดขึ้น ณ สถานที่ที่ได้รับคำสนอง กล่าวคือ สัญญาเกิดขึ้น ณ ภูมิลำเนาของธนาคาร ซึ่งเป็นผู้ออกหนังสือค้ำประกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันคู่สัญญาจึงต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลไทย ซึ่งสำหรับคดีแพ่งทั่วไป ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 2 บัญญัติเกี่ยวกับการเสนอคำฟ้องต่อศาลว่า “ห้ามมิให้เสนอคำฟ้องต่อศาลใด เว้นแต่

(1) เมื่อได้พิจารณาถึงสภาพแห่งคำฟ้องและชั้นของศาลแล้ว ปรากฏว่าศาลนั้นมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และ

(2) เมื่อได้พิจารณาถึงคำฟ้องแล้ว ปรากฏว่าคดีนั้นอยู่ในเขตศาลนั้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง และตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเขตศาล” แสดงให้เห็นว่าในการเสนอคำฟ้องต่อศาลนอกจากจะต้องคำนึงถึงสภาพแห่งคำฟ้อง ชั้นของศาลแล้วยังต้องคำนึงถึงเขตอำนาจศาลอีกด้วย โดยคู่สัญญาที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจะต้องพิจารณาถึงความสะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลอีกด้วย

สำหรับข้อพิพาทที่เกิดจากหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศอันเป็นข้อเท็จจริงที่มีองค์ประกอบต่างประเทศหรือเป็นข้อเท็จจริงที่พัวพันกับต่างประเทศอันเป็นคดีที่มีความซับซ้อนและแตกต่างจากคดีแพ่งทั่วไป จึงได้มีการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2540 เพื่อให้การพิจารณาคดีมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลยิ่งขึ้น โดยเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 7 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศว่า “ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

- 1) คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร
- 2) คดีอาญาเกี่ยวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ถึงมาตรา 275

3) คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และคดีพิพาทตามสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

4) คดีแพ่งอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ถึง มาตรา 275

5) คดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้า หรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือ การให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัยและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง

6) คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมตาม (5) การส่งเงินเข้ามา ในราชอาณาจักรหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ทรัสต์รีซีท รวมทั้งการประกันเกี่ยวกับกิจการ ดังกล่าว

7) คดีแพ่งเกี่ยวกับการกักเรือ

8) คดีแพ่งเกี่ยวกับการทุ่มตลาด และการอุดหนุนสินค้าหรือการให้บริการจากต่างประเทศ

9) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในการออกแบบวงจรรวม การค้นพบทาง วิทยาศาสตร์ ชื่อทางการค้า ชื่อทางภูมิศาสตร์ที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า ความลับทางการค้า และการคุ้มครองพันธุ์พืช

10) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ

11) คดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตาม (3) ถึง (10)” ประกอบมาตรา 9 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ในกรณีมีปัญหาว่าคดีใดจะอยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศหรือไม่ ไม่ว่าปัญหานั้นจะเกิดขึ้นในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง ประเทศหรือศาลยุติธรรมอื่น ให้ศาลนั้นรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวแล้วเสนอปัญหานั้นให้ ประธานศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษเป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษ ให้เป็นที่สุด ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าตามคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษจะต้อง เปลี่ยนแปลงศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี ให้ศาลเดิมโอนคดีไปยังศาลดังกล่าว และให้ถือว่ากระบวนการ พิเคราะห์ที่ได้ดำเนินการไปแล้วในศาลเดิมก่อนมีคำพิพากษาไม่เสียไป เว้นแต่ศาลที่รับโอนคดีจะมี คำสั่งเป็นอย่างอื่นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม” จะเห็นได้ว่ากรณีที่มีปัญหาว่าคดีใดจะอยู่ใน อำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศหรือไม่นั้นให้ประธานศาลอุทธรณ์คดี ชำนัญพิเศษเป็นผู้วินิจฉัย โดยถือว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นที่สุด ซึ่งได้มีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อ พิพาทที่เกิดจากหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ ดังนี้

คำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาที่ ทก. 47/2543 ซึ่งวินิจฉัยว่า “ตามคำฟ้องของโจทก์กล่าว อ้างถึงสัญญาซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้จำเลยทั้งสองต้องรับผิดชอบต่อโจทก์รวม 5 สัญญา ซึ่งสัญญาที่ 1 คือ สัญญา กู้ยืมเงินระหว่างเครดิตสวิสกับจำเลยที่ 1 นั้น เป็นสัญญาให้บริการทางการเงินที่เครดิตสวิสผู้ให้กู้ยืมใน

ฐานะผู้ให้บริการซึ่งอยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ให้บริการกู้ยืมเงินแก่จำเลยที่ 1 ผู้กู้ยืมในฐานะผู้รับบริการซึ่งอยู่ในประเทศไทย จึงเป็นการให้บริการจากผู้ให้บริการในประเทศหนึ่งไปยังผู้รับบริการในอีกประเทศหนึ่งอันเป็นสัญญาการให้บริการระหว่างประเทศ สำหรับสัญญาที่ 2 คือ สัญญาค้ำประกันซึ่งโจทก์ในฐานะที่เป็นผู้ประกอบการธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือสัญญาค้ำประกันการชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินของจำเลยที่ 1 ต่อเครดิตสวิส ก็เป็นการให้บริการทางการเงินประเภทหนึ่งของธนาคารพาณิชย์ โดยโจทก์อยู่ในฐานะผู้ให้บริการที่ออกหนังสือค้ำประกันการชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 เพื่อป้องกันความเสี่ยงต่อความเสียหายของเครดิตสวิสเจ้าหนี้ที่อาจเกิดขึ้นหากจำเลยที่ 1 ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เมื่อโจทก์ผู้ให้บริการอยู่ในประเทศไทยให้บริการนี้ไปยังเครดิตสวิสผู้รับบริการที่อยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ สัญญาค้ำประกันนี้จึงเป็นสัญญาให้บริการจากผู้ให้บริการที่อยู่ในประเทศหนึ่งไปยังผู้รับบริการที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่ง อันเป็นสัญญาให้บริการระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน ส่วนสัญญาที่ 3 คือ สัญญาที่จำเลยที่ 1 ขอให้โจทก์ออกหนังสือสัญญาค้ำประกันการชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 ต่อเครดิตสวิสดังกล่าวโดยจำเลยที่ 1 ตกลงชำระหนี้ตามจำนวนเงินที่โจทก์ชำระแก่เครดิตสวิสพร้อมดอกเบี้ยตลอดจนค่าใช้จ่ายแก่โจทก์ สัญญาที่ 4 คือ สัญญาจำนองที่จำเลยที่ 2 จำนองทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ดังกล่าวของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ และสัญญาที่ 5 คือ สัญญาค้ำประกันที่จำเลยที่ 2 ที่สาม และนาย ส. ทำสัญญาค้ำประกันการชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 ต่อโจทก์ สัญญาที่ 3 ถึงที่ 5 เป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาค้ำประกันที่โจทก์ออกหนังสือสัญญาค้ำประกันการชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 ต่อเครดิตสวิสดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น คดีนี้จึงเป็นคดีแพ่งเกี่ยวกับการให้บริการระหว่างประเทศและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้องอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศตามบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539”²¹

นอกจากนี้ยังมีคำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาที่ ทก. 15/2542 ธนาคารในประเทศฟ้องให้ธนาคารในต่างประเทศรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันร่วม (Counter Guarantee)²² คำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาที่ ทก. 25/2551 ธนาคารในประเทศเข้าค้ำประกันการชำระเงินกู้ของนิติบุคคลไทยต่อสถาบันการเงินในต่างประเทศ โดยธนาคารในประเทศฟ้องให้นิติบุคคลไทยรับผิดชอบค้ำออกหนังสือค้ำประกัน²³ ซึ่งทั้งสองคดีศาลก็วินิจฉัยว่าเป็นการคดีแพ่งเกี่ยวกับการให้บริการระหว่างประเทศเช่นกัน

²¹ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง, รวมคำพิพากษาศาลฎีกาคดีการค้าระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), หน้า 177-178.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 170.

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศและคู่สัญญาได้เสนอคดีต่อศาลในประเทศไทยอันเป็นศาลที่มูลคดีเกิด คู่สัญญาจะต้องเสนอคดีต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ โดยถือว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการให้บริการระหว่างประเทศ

4.2 วิเคราะห์คำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน

จากที่ได้กล่าวมาในข้อ 4.1 แล้วว่าในกรณีที่ธนาคารและเจ้าหนี้ต่างประเทศตกลงเลือกใช้กฎหมายไทยบังคับกับหนังสือค้ำประกันหรือในกรณีที่คู่สัญญามีได้ตกลงกันอย่างชัดเจน แต่โดยผลของพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กำหนดให้ใช้กฎหมายไทยบังคับกับหนังสือค้ำประกัน ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีการแบ่งแยกกฎหมายค้ำประกันทางแพ่งออกจากกฎหมายค้ำประกันทางพาณิชย์ ในการทำสัญญาค้ำประกันไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางพาณิชย์จึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ รวมถึงการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศก็เช่นเดียวกัน แม้ธนาคารจะเป็นผู้มีความรู้ความเข้าใจในการทำสัญญาค้ำประกันเป็นอย่างดี และได้รับค่าตอบแทนจากการเข้าทำสัญญาค้ำประกัน ตลอดจนสามารถคำนวณความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นจากการเข้าทำสัญญาค้ำประกันได้ก็ตาม แต่ธนาคารก็ยังคงต้องออกหนังสือค้ำประกันภายใต้หลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่เหมาะสมในการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน มาใช้บังคับกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่มีลักษณะเป็นสัญญาค้ำประกันทางพาณิชย์ ทำให้ธนาคารมีความเสี่ยงเมื่อต้องรับผิดชอบหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันไปแล้วจะไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินคืนได้ หรือแม้จะสามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ แต่ก็เพียงจำนวนเพียงบางส่วนเท่านั้น นอกจากนี้ธนาคารอาจได้รับความเสียหายในชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือหากธนาคารปฏิเสธที่จะชำระหนี้ตามหนังสือค้ำประกันที่ตนเป็นผู้ออก ดังนั้นในปัจจุบันธนาคารจึงเลือกที่จะใช้สิทธิในการเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบตามคำขอออกหนังสือค้ำประกันที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ยื่นไว้ต่อธนาคารตามแบบฟอร์มที่ธนาคารกำหนดมากกว่าที่จะใช้สิทธิไล่เบี่ยตามหนังสือค้ำประกัน โดยธนาคารจะกำหนดข้อตกลงให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคารเมื่อธนาคารได้ชำระหนี้ตามหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกัน โดยไม่ยกข้อต่อสู้ใด ๆ ทั้งสิ้น จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์เกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของคำขอออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อให้เกิดความ

ชัดเจนในการบังคับใช้คำขอออกหนังสือค้ำประกันดังกล่าว ทำให้ธนาคารสามารถทำธุรกรรมออกหนังสือค้ำประกันได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

4.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน

แม้สัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสัญญาประธานที่จะต้องค้ำประกันและหนังสือค้ำประกันของธนาคารจะมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่สำหรับคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันระหว่างผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันกับธนาคารนั้นมิได้มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย คำขอออกหนังสือค้ำประกันจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยทำให้มีประเด็นที่จะต้องวิเคราะห์ว่า คำขอออกหนังสือค้ำประกันมีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็น

1) สัญญาค้ำประกัน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาค้ำประกันว่า “อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้” แสดงให้เห็นว่า สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่มีบุคคลที่เกี่ยวข้อง 3 ฝ่าย โดยบุคคลภายนอกซึ่งมิได้มีส่วนได้เสียในหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ เข้าผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ว่าจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ สัญญาค้ำประกันจึงมีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่เกิดขึ้นเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญาประธานระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ในขณะที่สัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาซึ่งมีบุคคลที่เกี่ยวข้อง 2 ฝ่าย โดยผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเข้าผูกพันตนต่อธนาคารว่าจะชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเมื่อธนาคารได้ชำระหนี้ตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้รับหนังสือค้ำประกัน จึงมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ แต่เป็นสัญญาชนิดหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาประธานและหนังสือสัญญาค้ำประกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่า คำขอออกหนังสือค้ำประกันมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาค้ำประกัน จึงมีต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันแต่อย่างใด ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา คือ

คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1239/2505 จำเลยขอให้โจทก์ค้ำประกันทำง่วนส่วนจำกัดแสงไทยต่อกระทรวงเศรษฐกิจในการที่ทำง่วนส่วนจำกัดแสงไทยขอจัดส่งข้าวไปจำหน่ายต่างประเทศจำนวน 700 ตัน เป็นเงิน 19,880 ปอนด์สเตอร์ริง หากโจทก์เสียหายจำเลยยอมรับผิดชอบ โจทก์ยอมค้ำประกันปรากฏตามหนังสือของจำเลยและหนังสือค้ำประกันของโจทก์ทำง่วน ต่อมาปรากฏว่าทำง่วนส่วนจำกัดแสงไทยค้างชำระค่าข้าวที่ขอส่งไปต่างประเทศต่อกระทรวงเศรษฐกิจ 7,282 บาท กระ

ทรงเศรษฐกิจได้ทวงถามมายังโจทก์ โจทก์ต้องชำระเงินจำนวนนี้ให้กระทรวงเศรษฐกิจ โจทก์จึงทวงถามให้จำเลยชำระ จำเลยบิดพลิ้วจึงฟ้องให้จำเลยชำระเงิน

จำเลยให้การต่อสู้ว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยได้รับข่าวจากกระทรวงเศรษฐกิจไม่ครบขาดไปคิดราคา 124 ปอนด์ 16 ชิลลิง จำเลยมีหนังสือถึงโจทก์ว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยไม่มีหนี้สินติดค้างกระทรวงเศรษฐกิจ เพื่อให้โจทก์ยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ปฏิเสธคำเรียกร้องของกระทรวงเศรษฐกิจ โจทก์ละเลยไม่ยกขึ้นต่อสู้ ย่อมลั่นสิทธิไล่เบี้ยเอาแก่ห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทย ตามมาตรา 695 เมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยไม่ต้องรับผิด จำเลยก็ไม่ต้องรับผิดด้วยและขณะโจทก์ชำระหนี้ให้กระทรวงเศรษฐกิจ สิทธิเรียกร้องของกระทรวงเศรษฐกิจขาดอายุความแล้ว โจทก์ไม่ฟังคำทักท้วงจะมาไล่เบี้ยจากจำเลยไม่ได้

ศาลฎีกาเห็นว่าเอกสารหมาย จ.1 หาใช่สัญญาค้ำประกันตามความหมายในมาตรา 680 ไม่ เพราะห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยมิใช่ลูกหนี้โจทก์ โจทก์เป็นเพียงผู้ค้ำประกันห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยต่อกระทรวงเศรษฐกิจเท่านั้น ถ้าจำเลยไม่รับรองต่อโจทก์ โจทก์ก็คงไม่เข้าเป็นผู้ค้ำประกัน เหตุนี้จึงเป็นสัญญาธรรมดาระหว่างโจทก์กับจำเลย ถ้าโจทก์ต้องเสียหายจากการค้ำประกันห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยอย่างใด ๆ จำเลยย่อมรับผิดทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นจำเลยจะยกบทกฎหมายเรื่องผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันว่าด้วยผู้ค้ำประกันมาปฏิเสธความรับผิดไม่ได้ โจทก์มิได้ฟ้องไล่เบี้ยจากห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทย หรือมีข้อพิพาทกับกระทรวงเศรษฐกิจ จึงไม่จำต้องวินิจฉัยว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยมีหน้าที่ต้องชำระราคาข้าวที่ขาดน้ำหนักให้กระทรวงเศรษฐกิจตามมาตรา 465 หรือไม่

สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยตามเอกสารหมาย จ.1 ไม่มีข้อความสงวนสิทธิ์ของจำเลยไว้ว่า จะไม่ต้องรับผิดต่อโจทก์ หากโจทก์ไม่ชำระหนี้ให้กระทรวงเศรษฐกิจในเมื่อกฎหมายบัญญัติไว้ว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยไม่ต้องชำระหนี้นั้นๆ ให้กระทรวงเศรษฐกิจ จึงต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปของสัญญาธรรมดาว่าโจทก์ชำระหนี้ไปโดยสุจริตหรือไม่เท่านั้น เรื่องนี้ปรากฏว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยรับข้าวไปแล้วแต่ไม่ชดเชยราคาข้าวตามน้ำหนักที่ขาด ซึ่งอาจรั่วไหลไปเองหรือเก็บไว้ น้ำหนักลดไปบ้าง กระทรวงเศรษฐกิจทวงให้โจทก์ชำระ ผู้จัดการของโจทก์ติดตามห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงไทยไม่ได้ หากโจทก์ไม่ชำระอาจถูกฟ้องร้องทำให้เกิดความเสียหายมากขึ้น ย่อมเห็นได้ว่าโจทก์ได้กระทำโดยสุจริตมีเหตุผลอันสมควร โจทก์จึงมีสิทธิเรียกร้องเงินที่ต้องเสียหายจากจำเลยได้ตามสัญญา²⁴

นอกจากนี้ ท่านอาจารย์มนตรี ยอดปัญญา ยังได้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1088/2530 เพื่อแสดงให้เห็นว่าคำขอออกหนังสือค้ำประกันนี้มีใช้สัญญาค้ำประกัน โดยมีข้อความว่า “สัญญาค้ำประกันเป็นเรื่องที่ผู้ค้ำประกันผูกพันต่อเจ้าหน้าที่ว่าจะชำระหนี้ให้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

²⁴ รองศาสตราจารย์ปิติกุล จิระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำน่า, หน้า 21-22.

ข้อเท็จจริงตามพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นเรื่อง ร. กับ จำเลย ทำสัญญากับโจทก์ว่าหากโจทก์ได้รับความเสียหายเพราะเหตุที่โจทก์เป็นผู้ค้าประกัน ร. ต่อบริการอุตสาหกรรมป่าไม้ ร. และจำเลยจะยอมรับผิดคดีใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ทั้งสิ้น จึงเป็นกรณีที่จำเลยแสดงเจตนาผูกพันรับผิดชอบโจทก์โดยตรงข้อตกลงระหว่างโจทก์กับจำเลยไม่มีข้อความว่า หาก ร. ไม่ชำระหนี้ให้โจทก์แล้ว จำเลยจะชำระหนี้แทน ดังนี้ สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงมิใช่สัญญาค้ำประกันตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 หากแต่เป็นสัญญาธรรมดาชนิดหนึ่ง เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1239/2505 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 243/2522 วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวนี้มิใช่สัญญาค้ำประกันจึงนำบทบัญญัติในลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับไม่ได้ เช่น จะขอให้เจ้าหนี้เรียกลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน (มาตรา 688) หรือลูกหนี้มีทางชำระหนี้ได้และการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่เป็นการยาก (มาตรา 689) หรือเจ้าหนี้นยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ ผู้ค้าประกันยอมหลุดพ้นจากความรับผิด (มาตรา 700) ไม่ได้ ดังนั้น การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาค้ำประกันหรือไม่ จึงเป็นเรื่องสำคัญ เพราะหากวินิจฉัยประเภทของสัญญาผิดไป ก็ย่อมนำหลักกฎหมายมาปรับแก้คดีผิดไปด้วย”

2) สัญญาตัวแทน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาตัวแทนว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจกระทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะกระทำการดั่งนั้น

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้” แสดงให้เห็นว่าสัญญาตัวแทนนั้นอาจเกิดจากการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย สัญญาตัวแทนจึงเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ ข้อกำหนดในสัญญาจึงขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างตัวการและตัวแทน โดยตัวแทนมีอำนาจกระทำการได้เพียงเท่าที่ตัวการมอบอำนาจให้กระทำการเท่านั้น จึงอาจเกิดปัญหาว่าคำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาตัวแทนที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นตัวการมอบอำนาจให้ธนาคารเป็นตัวแทนของตนในการออกหนังสือค้ำประกันหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า คำขอออกหนังสือค้ำประกันมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาตัวแทน เนื่องจากเมื่อพิจารณาข้อความในคำขอออกหนังสือค้ำประกันแล้วจะเห็นได้ว่ามิได้มีข้อความในลักษณะที่เป็นการแต่งตั้งตัวแทนแต่อย่างใด แต่มีลักษณะเป็นเพียงข้อความที่ร้องขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันเท่านั้น อีกทั้ง เมื่อตัวแทนจะต้องกระทำการแทนตัวการ การกระทำของตัวแทนจึงไม่เพียงจะต้องเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจของตัวการเท่านั้น แต่ยังต้องเป็นการเข้าทำกิจการหรือกระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะที่ตัวแทนสามารถทำแทนตัวการได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมิได้มีอำนาจในการออกหนังสือค้ำประกัน จึงไม่สามารถแต่งตั้งให้ธนาคารเป็นตัวแทนในการออกหนังสือค้ำประกันแทนผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ ดังนั้น คำขอออกหนังสือค้ำประกันมิใช่สัญญาตัวแทน จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติใน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะตัวแทนมาใช้บังคับนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ขอออกหนังสือคำประกันกับธนาคารได้

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าคำขอออกหนังสือคำประกันมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาคำประกัน หรือสัญญาตัวแทน และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 ซึ่งบัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” จะเห็นได้ว่า นิติกรรม หมายถึง การกระทำในทางกฎหมายหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในทางกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น พินัยกรรม หรือนิติกรรมสองฝ่าย เช่น สัญญาได้ จึงต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปของนิติกรรมมาใช้กับสัญญาด้วย เว้นแต่กรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดในเรื่องของสัญญาไว้โดยเฉพาะ ก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดสำหรับสัญญานั้น ซึ่งกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญานั้น เริ่มจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาขอทำสัญญาหรือทำคำเสนอต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาตอบรับคำเสนอเพื่อที่จะเข้าทำสัญญากับผู้เสนอหรือทำคำสนองกลับมายังผู้เสนอ เมื่อคำเสนอและคำสนองมีข้อความถูกต้องตรงกันทุกประการแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้น และก่อนนี้ผูกพันคู่สัญญาทุกฝ่ายให้ต้องปฏิบัติตามสิทธิหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นตามสัญญานั้น ๆ โดยหากเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า สัญญาจะเกิดขึ้นทันทีที่ผู้เสนอได้ทราบการถึงคำสนอนั้น²⁵ แต่หากเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำสนองไปถึงผู้เสนอ²⁶

เมื่อคำขอออกหนังสือคำประกันมีบุคคลที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ที่จะประสงค์จะขอให้ธนาคารออกหนังสือคำประกันหรือผู้ขอออกหนังสือคำประกัน ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่จะต้องเป็นลูกค้ำของธนาคารซึ่งมีวงเงินสินเชื่อเพื่อการออกหนังสือคำประกันระหว่างประเทศ และฝ่ายธนาคารซึ่งเป็นผู้รับคำขอออกหนังสือคำประกันหรือเป็นผู้ให้สัญญาในการออกหนังสือคำประกัน โดยผู้ขอออกหนังสือคำประกันจะต้องยื่นคำขอออกหนังสือคำประกันต่อธนาคารตามแบบฟอร์มที่ธนาคารกำหนด จึงถือว่าผู้ขอออกหนังสือคำประกันได้แสดงเจตนาขอทำสัญญากับธนาคารโดยทำเป็นคำเสนอและเมื่อธนาคารตกลงยินยอมออกหนังสือคำประกันตามคำขอออกหนังสือคำประกันดังกล่าว ย่อมถือว่าธนาคารได้แสดงเจตนาตอบรับคำเสนอโดยทำเป็นคำสนองเพื่อเข้าทำสัญญากับผู้ขอออกหนังสือคำประกัน เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการ ย่อม

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 356 บัญญัติว่า “คำเสนอทำแก่บุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้น่าให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย”

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้น ย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนอนไปถึงผู้เสนอ”

ก่อให้เกิด “สัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกัน” ขึ้น ดังนั้นสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันจึงเป็นเพียงสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสัญญาอื่นใดซึ่งมีลักษณะไม่ตรงกับสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เป็นเอกเทศในบรรพ 3 ซึ่งกำหนดชื่อของสัญญา ลักษณะของสัญญา วัตถุประสงค์ ผลทางกฎหมาย ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาแต่ละประเภทไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา มาใช้บังคับกับการเกิดและผลทางกฎหมายของสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกัน โดยคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างกัน กล่าวคือ ธนาคารอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกัน ธนาคารจึงมีหน้าที่จะต้องออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันหรือบุคคลที่ผู้ออกหนังสือค้ำประกันระบุไว้ และเมื่อธนาคารได้เข้าชำระหนี้ตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันแล้ว ก็มีสิทธิเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันใช้เงินคืนให้แก่ธนาคารตามข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ทำไว้ในสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกัน ในขณะที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมีหน้าที่จะต้องจ่ายเงินค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารตามอัตราที่ธนาคารกำหนดไว้จนกว่าธนาคารจะได้รับเวนคืนหนังสือค้ำประกันหรือได้รับหนังสือแจ้งการหมดภาระผูกพันตามหนังสือค้ำประกัน ตลอดจนมีภาระที่จะต้องชำระหนี้คืนให้แก่ธนาคารเมื่อธนาคารได้จ่ายเงินให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 243/2522 ซึ่งวินิจฉัยว่า “ธนาคารโจทก์ได้ทำหนังสือค้ำประกันจำเลยที่ 1 ต่อองค์การสะพานปลา ยินยอมใช้เงินให้แก่องค์การสะพานปลาในกรณีจำเลยที่ 1 ปฏิบัติผิดสัญญา ในการนี้จำเลยที่ 2 ได้ทำสัญญาไว้แก่ธนาคารโจทก์มีข้อความว่าตามที่ธนาคารโจทก์ได้ทำหนังสือค้ำประกันจำเลยที่ 1 ไว้กับองค์การสะพานปลานั้น ถ้าองค์การสะพานปลาเรียกร้องให้ธนาคารโจทก์ชำระเงินจำนวนที่ค้ำประกัน จำเลยที่ 2 ยอมรับผิดชอบให้ธนาคารโจทก์ไล่เบี้ยจากจำเลยที่ 2 ได้ในจำนวนเงินที่ชำระไปนั้น เอกสารดังกล่าวมิใช่สัญญาค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 หากแต่เป็นสัญญาชนิดหนึ่งเท่านั้น”

4.2.2 ความรับผิดชอบของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันตามคำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน

เนื่องจากสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาประเภทสัญญาไม่มีชื่อ การพิจารณาเกี่ยวกับความสมบูรณ์และผลทางกฎหมาย ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจึงต้องใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทั่วไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา ซึ่งกำหนดให้สัญญาที่สมบูรณ์จะต้องเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาครบถ้วนตามกฎหมาย มีบุคคลที่เป็นคู่สัญญา มีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน รวมถึงมี

วัตถุประสงค์ในการก่อสร้างสัญญา และไม่มีเหตุใด ๆ ที่กำหนดให้สัญญาไม่สมบูรณ์ เช่น กรณีที่สัญญาตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ เป็นต้น ซึ่งสัญญาที่สมบูรณ์นั้นย่อมก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย สำหรับสัญญาซื้อขายออกหนังสือค่าประกันก็เช่นเดียวกัน เมื่อผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันแสดงเจตนาขอให้ธนาคารออกหนังสือค่าประกัน และธนาคารได้แสดงเจตนายินยอมที่จะออกหนังสือค่าประกันให้แก่ผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันแล้ว สัญญาซื้อขายออกหนังสือค่าประกันย่อมเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม แม้สัญญาซื้อขายออกหนังสือค่าประกันจะเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งคู่สัญญาสามารถกำหนดเนื้อหาของสัญญา เงื่อนไขในสัญญา ตลอดจนผลแห่งสัญญาได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่เงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นแล้ว เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นตามสัญญาซื้อขายออกหนังสือค่าประกัน เงื่อนไขหรือข้อตกลงดังกล่าวก็อาจจะไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายและตามเจตนาของคู่สัญญา

เมื่อพิจารณาสัญญาซื้อขายออกหนังสือค่าประกันจะเห็นได้ว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่จะต้องชำระให้แก่กันเป็นการตอบแทน กล่าวคือ ธนาคารมีหน้าที่ที่จะต้องออกหนังสือค่าประกันให้แก่ผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกัน ในขณะที่ผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันก็มีหน้าที่ที่จะต้องชำระค่าธรรมเนียมการออกหนังสือค่าประกันให้แก่ธนาคาร ซึ่งธนาคารได้กำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายจากการออกหนังสือค่าประกันไว้ในสัญญาโดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาว่า “ธนาคารมีสิทธิที่จะดำเนินการตามคำขอฉบับนี้เป็นอย่างหนึ่ง อย่างไม่หรือทุกอย่างหรือไม่ก็ได้ และหากธนาคารได้รับความเสียหายเนื่องจากการดำเนินการใด ๆ ตามคำขอฉบับนี้ หรือในกรณีที่ธนาคารได้ชำระเงิน เมื่อถูกเรียกร้องหรือถูกเรียกเก็บเงินตามหนังสือสัญญาค่าประกันของธนาคาร แม้ว่าจะโดยไม่ได้แจ้งให้ผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันทราบ ผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันยินยอมชดเชยค่าเสียหายหรือจำนวนเงินดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารจนครบถ้วนทันทีที่ได้รับแจ้งจากธนาคารโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น” นอกจากนี้ ธนาคารยังกำหนดเงื่อนไขในกรณีที่ธนาคารถูกเรียกให้ชำระเงินตามภาระผูกพันที่ธนาคารมีอยู่ในหนังสือค่าประกันที่ธนาคารได้ออกให้ตามสัญญาซื้อขายออกหนังสือค่าประกันว่า “ในกรณีที่ธนาคารถูกเรียกร้องให้ชำระเงินตามภาระที่ธนาคารมีอยู่ในหนังสือสัญญาค่าประกันที่ธนาคารได้ออกตามคำขอฉบับนี้ของผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันแล้ว ธนาคารจำเป็นต้องรักษาความน่าเชื่อถือของหนังสือสัญญาค่าประกันของธนาคาร โดยการจ่ายเงินไปตามที่ถูกร้องได้ทันที ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันทราบก่อน หรือไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันก่อน หรือแม้ว่าผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันจะได้คัดค้านหรือโต้แย้งการจ่ายเงินของธนาคารดังกล่าวแล้วก็ตาม และหากธนาคารได้จ่ายเงินไปแทนผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกันโดยไม่ยกข้อต่อสู้ของผู้ซื้อออกหนังสือค่าประกัน หรือธนาคารไม่ใช้สิทธิยกข้อต่อสู้ของธนาคารในฐานะผู้ค้าประกันตามกฎหมาย ซึ่งรวมถึง

กรณีที่ธนาคารไม่ยกข้อต่อสู้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 686, 688, 689, 690 และ 699 หรือกรณีที่ธนาคารตกลงหรือให้ความยินยอมในการผ่อนเวลาหรือธนาคารไม่ยกข้อต่อสู้ หรือปฏิเสธการชำระเงินในกรณีที่มีการผ่อนเวลาโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือความตกลงของธนาคารด้วย หรือในกรณีอื่นใดก็ตาม ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันตกลงว่าจะไม่ยกเหตุดังกล่าวขึ้นชั้นปฏิเสธความรับผิดที่จะไม่ชดใช้เงินแก่ธนาคารด้วยประการใดๆ ทั้งสิ้น รวมทั้งในกรณีที่ธนาคารได้จ่ายเงินอื่นใดให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกันตามเงื่อนไขที่ระบุในสัญญาค้ำประกันดังกล่าว ซึ่งเมื่อรวมแล้วอาจเกินกว่าวงเงินค้ำประกันที่ระบุไว้ในสัญญาค้ำประกันและค่าของฉบับนี้ ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันตกลงยินยอมรับผิดชดใช้เงินดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารเต็มตามจำนวนเงินที่ธนาคารจ่ายไป โดยไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ ทั้งสิ้น” จึงอาจเกิดปัญหาว่าการกำหนดข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดความรับผิดแก่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมากน้อยเพียงใด หรือมีผลทางกฎหมายอย่างไร

เนื่องจากโดยหลักในการตีความเจตนาของผู้สัญญาในสัญญาซึ่งเกิดขึ้นแล้วนั้น ต้องฟังถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้แสดงเจตนา ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 171 กำหนดให้พิจารณาจากความมุ่งหมายของผู้แสดงเจตนาและเหตุผลอื่นประกอบ โดยไม่ยึดถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษรเป็นสำคัญ²⁷ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงเจตนาของธนาคารในการกำหนดข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าธนาคารเป็นผู้ประกอบธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธนาคารจึงมีหน้าที่และความจำเป็นในการรักษาชื่อเสียง เพื่อให้เกิดความไว้วางใจในทางธุรกิจที่บุคคลทั่วไปจะพึงมีต่อธนาคาร เมื่อธนาคารถูกเรียกร้องให้ชำระเงินตามภาระผูกพันที่ธนาคารมีอยู่ในหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารได้ออกแล้ว แม้ว่าจะปรากฏในภายหลังว่าหนังสือค้ำประกันดังกล่าวตกเป็นโมฆะทั้งหมดหรือบางส่วน ธนาคารก็จำเป็นต้องรักษาความน่าเชื่อถือของหนังสือค้ำประกัน โดยการจ่ายเงินไปให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกัน ส่งผลให้ลูกหนี้สามารถยกข้อต่อสู้กล่าวได้ว่าธนาคารได้ชำระหนี้ไปตามอำเภอใจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 กล่าวคือ ชำระหนี้ไปโดยรู้ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ ซึ่งแม้ศาลฎีกาจะวางหลักว่าชำระหนี้ตามอำเภอใจหรือการชำระหนี้โดยรู้ว่าคุณตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 นั้น ต้องถือหลักว่ารู้หรือไม่รู้ตามความรู้เห็นของผู้ชำระเป็นประมาณ ไม่ถือเอาผลในกฎหมายว่ามีความผูกพันกันอยู่จริงหรือไม่เป็นเกณฑ์²⁸ ทำให้แม้สัญญาค้ำประกันจะตกเป็นโมฆะ

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 255/2522 “การชำระหนี้โดยรู้ว่าคุณตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 นั้น ต้องถือหลักว่ารู้หรือไม่รู้ตามความรู้เห็นของผู้ชำระเป็นประมาณ ไม่ถือเอาผลในกฎหมายว่ามีความผูกพันกันอยู่จริงหรือไม่เป็นเกณฑ์ เพียงแต่ผู้ชำระสำคัญผิดว่าคุณตนมีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ นั้น แม้ตาม

ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แต่หากธนาคารสามารถพิสูจน์ได้ว่า ธนาคารได้ชำระเงินตามภาระที่มีอยู่ในหนังสือค้ำประกันไปโดยสุจริต จะถือว่าเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจมิได้ก็ตาม แต่การที่ธนาคารซึ่งอยู่ในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพจะกล่าวอ้างว่า ขณะที่ธนาคารชำระหนี้ตามภาระในหนังสือค้ำประกันนั้น ธนาคารได้ชำระหนี้ไปโดยสุจริตมิได้ทราบว่าเป็นหนังสือค้ำประกันเป็นโมฆะทั้งหมดหรือบางส่วน ทำให้ธนาคารไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ที่ยอมรับฟังได้ยาก ประกอบกับผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ได้อีกว่า สัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนังสือค้ำประกันที่เป็นโมฆะ กล่าวคือ สัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาที่คู่สัญญาแสดงเจตนาให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันที่มีเนื้อหาอันมีลักษณะต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย สัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันจึงตกเป็นโมฆะด้วย ธนาคารจึงไม่สามารถเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคารตามสัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันได้ ดังนั้น ธนาคารจึงต้องอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญากำหนดข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวลงในสัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงในสัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันดังกล่าว จึงมีผลบังคับตามเจตนาของคู่สัญญา และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันซึ่งเกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของคู่สัญญาโดยเฉพาะเท่านั้น มิได้กระทบกระทั่งพาดพิงไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่นด้วย จึงไม่ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า เมื่อสัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีต่อประชาชน สัญญาดังกล่าวจึงมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย และเนื่องจากสัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่งที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาแยกต่างหากจากสัญญาค้ำประกัน ซึ่งผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเข้าทำสัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน และผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันตกลงยินยอมที่จะชำระค่าธรรมเนียมให้แก่ธนาคาร โดยมีข้อตกลงเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันว่า ในกรณีที่ธนาคารได้รับความเสียหายจากการออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งในที่นี้คือการที่ธนาคารต้องชดใช้เงินให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันตกลงชดใช้เงินคืนให้แก่ธนาคาร เมื่อธนาคารปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกัน กล่าวคือ ออกหนังสือค้ำประกันแล้วและธนาคารได้รับความเสียหายจากการออกหนังสือค้ำประกัน ธนาคารจึงสามารถเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวได้ สัญญาค่าขอออกหนังสือค้ำประกันจึงมิได้ตกเป็นโมฆะ มีผลบังคับได้ระหว่างคู่สัญญา

กฎหมายผู้ชำระจะไม่ต้องผูกพันก็จะถือว่าผู้ชำระรู้อยู่แล้วไม่ได้เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าโจทก์ชำระหนี้แทนจำเลยไปโดยสำคัญผิด โจทก์ก็ใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่จำเลยได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 409 เพราะธนาคารได้ชำระหนี้ไปโดยสุจริต”

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือคำประกันยกข้อต่อสู้ว่าสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนังสือคำประกันที่เป็นโมฆะ สัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันจึงตกเป็นโมฆะด้วยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น เนื่องจากยังไม่เคยมีแนวคำพิพากษาวางหลักเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ จึงย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงแก่ธนาคารว่าหากศาลมีคำพิพากษาเป็นไปในทิศทางเดียวกับที่ผู้ขอออกหนังสือคำประกันกล่าวอ้าง สัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันดังกล่าว จะมีน้ำหนักเพียงพอที่จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีได้หรือไม่ อย่างไร

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะพยานแล้ว จะเห็นได้ว่ามีการแบ่งพยานหลักฐานออกเป็น 3 ประเภท คือ พยานบุคคล พยานเอกสาร และพยานวัตถุ ซึ่งพยานหลักฐานแต่ละประเภทก็มีวิธีการนำสืบและข้อห้ามบางประการที่แตกต่างกันไป อีกทั้งก็ยังมี ความเหมาะสมและมีน้ำหนักที่แตกต่างกันอีกด้วย กล่าวคือ ในคดีทั่วไป พยานบุคคลถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญที่สุด ในขณะที่หากเป็นคดีแพ่ง พยานเอกสารจะถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง และพยานวัตถุจะถูกนำมาใช้เพื่อสนับสนุนให้พยานบุคคลและพยานเอกสาร มีน้ำหนักมากยิ่งขึ้น

ในส่วนของสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันนั้น มีลักษณะเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับพยานเอกสาร ผู้เขียนเห็นว่าในการนำสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันเข้าสืบต่อศาลเพื่อเป็นพยานหลักฐานในคดีนั้น สามารถทำได้ใน 2 ลักษณะ คือ

1) ในกรณีที่มีการฟ้องคดี โดยอาศัยมูลหนี้ตามสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกัน คู่สัญญาสามารถนำสืบสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันในฐานะที่เป็นพยานเอกสารในคดีได้โดยตรง ซึ่งหากเป็นการนำสืบพยานเอกสารเพื่อพิสูจน์ว่าได้มีการทำสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกัน คู่สัญญาจะต้องนำต้นฉบับมาสืบต่อศาลเท่านั้น แต่หากเป็นการนำสืบเพื่อพิสูจน์ความสมบูรณ์ของสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันนั้น คู่สัญญาสามารถนำพยานบุคคลเข้ามาสืบเพื่อเพิ่มเติม ตัดทอนเปลี่ยนแปลง แก้ไข ข้อความในเอกสารนั้นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 และมาตรา 94

2) ในกรณีที่มีการฟ้องคดี โดยอาศัยมูลหนี้ตามหนังสือคำประกันของธนาคาร ซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง นอกจากคู่สัญญาจะต้องนำหนังสือคำประกันมาสืบในฐานะที่เป็นพยานเอกสารในคดีได้โดยตรงแล้ว คู่สัญญายังสามารถนำสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันมาสืบประกอบกับหนังสือคำประกัน เพื่อยืนยันถึงการออกหนังสือคำประกันได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ หรือตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วนไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ ผู้เขียนเห็นว่าคู่สัญญาก็ยังสามารถนำสืบสัญญาคำขอออกหนังสือคำประกันเป็นพยานเอกสารในคดีได้ทั้งสองกรณี เพราะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนด

ห้ามมิให้มีการนำสื่พยานเอกสารที่เป็นโมฆะ เพียงแต่ศาลจะรับพยานเอกสารดังกล่าวหรือไม่เพียงใด
นั้น ย่อมเป็นดุลยพินิจของศาล



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาหนังสือค้ำประกันของธนาคารที่ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ และคำขอออกหนังสือค้ำประกันทำให้สามารถสรุปปัญหาที่เกิดขึ้นจากการออกหนังสือค้ำประกันเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน ตลอดจนวิเคราะห์แนวทางในการบังคับตามคำขอออกหนังสือค้ำประกันได้ดังต่อไปนี้

1) ปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสมของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน เมื่อนำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

1.1) ปัญหาเกี่ยวกับสถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือค้ำประกัน กรณีมีข้อตกลงให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันแบบไม่มีกำหนดระยะเวลา ข้อตกลงเช่นนี้ทำให้ธนาคารต้องรับผิดชอบหนังสือค้ำประกันไปจนกว่าจะได้รับแจ้งจากเจ้าหนี้ต่างประเทศว่าธนาคารหลุดพ้นจากความรับผิด ซึ่งหากเป็นการออกหนังสือค้ำประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข ก็จะทำให้การกำหนดข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวเป็นการกำหนดข้อตกลงที่แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคสองกำหนดไว้ ข้อตกลงดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 685/1 ทำให้เมื่อธนาคารเข้าชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ เมื่อเจ้าหนี้ต่างประเทศใช้สิทธิเรียกร้องตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันเพื่อรักษาความน่าเชื่อถือของหนังสือค้ำประกันดังกล่าวแล้ว และประสงค์จะใช้สิทธิไล่เบียดเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน อาจถูกผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันยกข้อต่อสู้ขึ้นได้ว่าธนาคารได้ชำระหนี้ไปตามอำเภอใจ กล่าวคือธนาคารได้ชำระหนี้ไปโดยรู้ว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระเนื่องจากเป็นการทำข้อตกลงเกี่ยวกับการค้ำประกันที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมิให้ต้องรับผิดโดยไม่จำกัด ข้อตกลงดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ ทำให้ธนาคารไม่สามารถไล่เบียดเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีข้อตกลงให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันโดยมีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee กล่าวคือ การกำหนดให้ธนาคารตกลงที่จะชำระหนี้ตามหนังสือค้ำประกันทันทีที่ผู้รับหนังสือค้ำประกันเรียกให้ชำระ โดยไม่อ้างสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนและไม่ยกข้อต่อสู้ใด

ๆ ของลูกหนี้ยื่นต่อผู้รับหนังสือค้ำประกันเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบ ทำให้เกิดปัญหาว่าสัญญาค้ำประกันดังกล่าวมีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร และในกรณีที่ธนาคารได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศตามภาระผูกพันในสัญญาค้ำประกันแล้ว จะสามารถไต่เบี่ยเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งจะเห็นได้ว่าหนังสือค้ำประกันที่มีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee นี้ มีความแตกต่างจากสัญญาค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันมาใช้บังคับกับสัญญาดังกล่าวได้ เพราะความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันตามหนังสือค้ำประกันมีเนื้อหาแบบ First Demand Guarantee มีลักษณะเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากสัญญาประธาน การเกิดของหนังสือค้ำประกันดังกล่าวจึงไม่ต้องคำนึงถึงความสมบูรณ์ของสัญญาประธาน และธนาคารก็มีได้อยู่ในฐานะลูกหนี้ลำดับรองแต่อย่างใด หากผู้รับหนังสือค้ำประกันพิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงในหนังสือค้ำประกันครบถ้วน ธนาคารจะต้องชำระหนี้ตามหนังสือค้ำประกันนั้นทันที

อย่างไรก็ตาม กรณีมีที่ข้อตกลงให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 ซึ่งเป็นเพียงแบบธรรมเนียมและพิธีปฏิบัติที่หอการค้านานาชาติซึ่งเป็นองค์กรเอกชนจัดทำขึ้นเพื่อใช้ในทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ จึงมิได้มีสภาพบังคับดังเช่นกฎหมาย ทำให้การนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันของธนาคารจึงสามารถเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณีคือ กรณีที่คู่สัญญาตกลงให้นำหลักเกณฑ์ URDG 758 มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในหนังสือค้ำประกัน หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ย่อมมีผลบังคับได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ตามบทบัญญัติในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่าให้หนังสือค้ำประกันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ URDG 758 ศาลไทยจะนำหลักเกณฑ์ URDG 758 มาบังคับใช้ได้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ธนาคารมีภาระที่จะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงประเพณีและระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 กับหนังสือค้ำประกัน ศาลจึงอาจตัดสินให้หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีผลผูกพันบังคับกันได้ แต่หากธนาคารซึ่งกล่าวอ้างหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นได้ ย่อมทำให้ธนาคารมีเสี่ยงที่เมื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันที่ออกภายใต้หลักเกณฑ์ของ URDG 758 ดังกล่าวแล้ว จะไม่สามารถไต่เบี่ยเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้

1.2) ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิไต่เบี่ยของธนาคาร

การใช้สิทธิไต่เบี่ยของธนาคารในกรณีที่มีการระบุข้อตกลงดังต่อไปนี้ลงในหนังสือค้ำประกัน เมื่อมีข้อตกลงให้ธนาคารค้ำประกันแม้ว่าหนี้ของลูกหนี้จะขาดอายุความ กล่าวคือ มีข้อตกลงให้ธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันสละสิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ว่าหนี้ของลูกหนี้ขาดอายุความไปแล้ว โดยศาล

ฎีกาวางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2505 ว่าการทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็น การขยายอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/11 แต่ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ค้า ประกันยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้โดยมีข้อสัญญาพิเศษว่าจะไม่ยกอายุความของลูกหนี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ การชำระหนี้ของผู้ค้าประกันดังกล่าวจึงมิใช่เป็นการชำระหนี้ของลูกหนี้ แต่เป็นการชำระหนี้ของผู้ค้า ประกันเองตามข้อสัญญาพิเศษ ผู้ค้าประกันจึงไม่สามารถอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 693 มาเรียกให้ลูกหนี้ใช้เงินคืนหรือไต่เบียดเอาจากลูกหนี้ได้ เพราะถือว่าผู้ค้าประกันแสดง เจตนาไม่ประสงค์จะยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้โดยสมัครใจเองตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ มาตรา 695 ซึ่งไม่เป็นธรรมกับธนาคาร เนื่องจากธนาคารให้บริการออกหนังสือค้ำประกัน ตามคำขอของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกัน ดังนั้นเมื่อผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันแสดงเจตนายินยอมให้ ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันโดยยอมสละสิทธิในการยกข้อต่อสู้เรื่องอายุความตามหลักความ คักดีสิทธิของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และธนาคารได้ชำระหนี้ตามภาระ ผูกพันในหนังสือค้ำประกัน ธนาคารก็ย่อมจะมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้เงินตามจำนวนดังกล่าวคืนได้ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 695 จึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับการออก หนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีข้อตกลงให้ธนาคารรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม เนื่องจากประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 686 วรรคหนึ่ง กำหนดให้เจ้าหนี้มีหน้าที่จะต้องทำหนังสือบอกกล่าวการผิด นัดชำระหนี้ของลูกหนี้ไปยังธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้าประกันภายใน 60 วันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้ ต่างประเทศจึงจะสามารถใช้สิทธิเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติเจ้าหนี้ต่างประเทศก็ มักจะกำหนดให้ธนาคารยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) เพื่อต้องการใช้สิทธิเรียกร้องให้ ธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้าประกันซึ่งมีสถานะทางการเงินน่าเชื่อถือกว่าลูกหนี้รับผิดชอบชำระหนี้ได้ทันที โดยไม่ ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน ซึ่งการทำข้อตกลงให้ธนาคาร ยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) มีความแตกต่างจากการทำข้อตกลงให้ธนาคารรับผิดชอบ ร่วมกับลูกหนี้ (Joint Liabe) เพราะการเป็นลูกหนี้ร่วม (Joint Debtor) ทำให้ผู้ค้าประกันต้องอยู่ใน สถานะลูกหนี้ชั้นต้น ซึ่งไม่สามารถจะอยู่สถานะผู้ค้าประกันซึ่งเป็นลูกหนี้ลำดับรองได้อีกสถานะหนึ่ง อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักเกี่ยวกับการทำข้อตกลงยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมไว้ว่า “แม้ในสัญญาค้ำประกันจะมีข้อตกลงยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม ก็เป็นการยอมรับผิดร่วมกันกับลูกหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 691 ซึ่งมีได้ทำให้ผู้ค้าประกันกลายเป็นลูกหนี้ร่วมเต็ม ตัวอย่างลูกหนี้ร่วมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 291 ผู้ค้าประกันคงเสียสิทธิเพียงไม่ อาจยกข้อต่อสู้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 688, 689 และ 690 ขึ้นต่อสู้เท่านั้น” ทำให้เจ้าหนี้ต่างประเทศยังคงมีหน้าที่จะต้องทำหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดชำระหนี้ของลูกหนี้ต่อ

ธนาคารภายใน 60 วันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด มิฉะนั้นแล้วเจ้าหนี้ต่างประเทศจะไม่สามารถใช้สิทธิเรียกให้ธนาคารชำระหนี้ได้ ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศและเป็นการขัดกับเจตนาของเจ้าหนี้ต่างประเทศที่ประสงค์จะกำหนดข้อตกลงให้ธนาคารรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมเพื่อต้องการใช้สิทธิเรียกร้องให้ธนาคารซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันซึ่งมีสถานะทางการเงินน่าเชื่อถือกว่าลูกหนี้รับผิดชำระหนี้ได้ทันที โดยไม่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ก่อน บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

1.3) ปัญหาเกี่ยวกับการระงับสิ้นไปของหนังสือค้ำประกัน แม้ว่าโดยธรรมเนียมปฏิบัติ ภายหลังจากที่ธนาคารออกและมอบหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศแล้ว หากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศได้คืนหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศได้ทำหนังสือยืนยันแจ้งการหมดภาระการค้ำประกันให้แก่ธนาคาร ธนาคารย่อมจะหมดภาระผูกพันตามหนังสือค้ำประกันไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น เช่น ตามหลักเกณฑ์ URDG 758 ข้อ 25 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการสิ้นสุดผลของหนังสือค้ำประกันในกรณีที่หนังสือค้ำประกันถูกส่งกลับมายังผู้ค้ำประกันหรือเมื่อผู้รับหนังสือค้ำประกันปลดเปลื้องความรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้ค้ำประกัน เป็นต้น ซึ่งถือได้ว่าการระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกันในลักษณะดังกล่าวเป็นการระงับสิ้นไปของสัญญาตามหลักทั่วไปซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 กล่าวคือ เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันเอาเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเป็นการระงับสิ้นไปของสัญญาไว้ล่วงหน้า แต่จากการศึกษาลักษณะของหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศพบว่า มิได้มีการระบุไว้อย่างชัดแจ้งถึงธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว โดยทำเป็นข้อตกลงในหนังสือค้ำประกัน และแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 327 วรรคสาม จะวางหลักให้สันนิษฐานว่า หนี้ตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้วเพราะหากการชำระหนี้ยังไม่เสร็จสิ้น เจ้าหนี้ต่างประเทศย่อมไม่มีทางคืนหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารเด็ดขาด แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็มีใช้ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเมื่อเจ้าหนี้ต่างประเทศนำคดีมาฟ้องต่อศาลและสามารถนำสืบข้อเท็จจริงได้ว่าหนี้ตามสัญญาประกันที่ธนาคารเข้าค้ำประกันนั้นยังไม่ระงับสิ้นไป ธนาคารก็ยังคงต้องรับผิดชอบตามหนังสือค้ำประกันดังกล่าว แม้ว่าธนาคารจะได้รับหนังสือค้ำประกันนั้นคืนมาโดยสุจริต บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน หมวด 4 การระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกันจึงยังไม่เพียงพอและครอบคลุมถึงกรณีการได้รับคืนหนังสือค้ำประกันหรือหนังสือแจ้งยืนยันการหมดภาระการค้ำประกัน

1.4) ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีกรณีเกิดข้อพิพาทตามหนังสือค้ำประกัน เนื่องจากข้อพิพาทที่เกิดจากหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้

ต่างประเทศ เป็นข้อเท็จจริงที่มีองค์ประกอบต่างประเทศหรือเป็นข้อเท็จจริงที่พัวพันกับต่างประเทศ ศาลแห่งประเทศที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงเป็นศาลแห่งประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่ ศาลแห่งประเทศที่คู่กรณีมีภูมิลำเนา หรือศาลแห่งประเทศที่มีมูลคดีเกิดขึ้น หรือศาลแห่งประเทศที่ การบังคับการตามสัญญา นั้น จึงอาจเกิดปัญหาได้ว่าศาลในประเทศใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจในการ พิจารณาคดี ซึ่งเมื่อพิจารณากระบวนการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารแล้ว จะเห็นได้ว่าการที่ ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศเป็นการทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาค้ำประกัน ต่อเจ้าหนี้ต่างประเทศ หากเจ้าหนี้ต่างประเทศแจ้งกลับมายังธนาคารเพื่อขอเข้าถือเอาประโยชน์ตาม หนังสือค้ำประกัน จะถือเป็นการทำคำสนองตอบรับคำเสนอขอเข้าทำสัญญา สัญญาค้ำประกันจึง เกิดขึ้น ณ สถานที่ที่ได้รับคำสนอง กล่าวคือ สัญญาเกิดขึ้น ณ ภูมิลำเนาของธนาคาร ซึ่งเป็นผู้ออก หนังสือค้ำประกัน ดังนั้น ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออกเพื่อประกันหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศและคู่สัญญาได้เสนอคดีต่อศาลในประเทศไทยอันเป็นศาลที่มีมูลคดีเกิดหรือ เป็นหรือศาลแห่งประเทศที่การบังคับการตามสัญญานั้น คู่สัญญาจึงต้องเสนอคดีต่อศาลทรัพย์สินทาง ปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ โดยถือว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการให้บริการระหว่างประเทศ

2) วิเคราะห์คำขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกหนังสือค้ำประกัน

2.1) ลักษณะทางกฎหมายของคำขอออกหนังสือค้ำประกัน

เนื่องจากคำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันระหว่างผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันและ ธนาคารนั้น มิได้มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย คำขอออกหนังสือค้ำประกันจึง อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทย จึงมีประเด็นที่จะต้องวิเคราะห์ว่า คำขอออกหนังสือค้ำประกันมี ลักษณะทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็น

1. สัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาค้ำประกัน เพราะในสัญญา ดังกล่าวมีบุคคลที่เกี่ยวข้องอยู่เพียง 2 ฝ่าย กล่าวคือ ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันเข้าผูกพันตนต่อ ธนาคารว่าจะชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเมื่อธนาคารต้องชำระหนี้ตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกัน ซึ่ง สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1239/2505

2. สัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาตัวแทน เพราะมิได้มีข้อความ แต่งตั้งธนาคารให้เป็นตัวแทนของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันแต่อย่างใด เป็นเพียงการร้องขอให้ ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันเท่านั้น อีกทั้งโดยหลัก ตัวแทนจะต้องการกระทำการโดยอาศัยอำนาจ ของตัวการ เมื่อผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันมิได้มีอำนาจในการออกหนังสือค้ำประกัน จึงไม่สามารถ แต่งตั้งให้ธนาคารเป็นตัวแทนในการออกหนังสือค้ำประกันได้

ดังนั้น สัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันจึงเป็นเพียงสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ไม่มีได้มีลักษณะตรงกับสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้เป็นเอกเทศในบรรพ 3 จึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา มาใช้บังคับกับการเกิดและผลทางกฎหมายของสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกัน

2.2) ความรับผิดของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันตามคำขอออกหนังสือค้ำประกัน

เนื่องจากสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาไม่มีชื่อ กฎหมายจึงมิได้กำหนดลักษณะของสัญญา ผลทางกฎหมายของสัญญา ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาไว้โดยเฉพาะ ทำให้คู่สัญญาสามารถกำหนดเนื้อหาของสัญญา เงื่อนไขในสัญญา ตลอดจนผลแห่งสัญญาได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยเงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ธนาคารจึงสามารถกำหนดเงื่อนไขในกรณีที่ธนาคารถูกเรียกให้ชำระเงินตามภาระที่ธนาคารมีอยู่ในหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารได้ออกตามสัญญาคำขอให้ออกหนังสือค้ำประกันว่าให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินจำนวนดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารเต็มจำนวนเงินที่ธนาคารได้จ่ายไป โดยไม่มีข้อต่อสู้ใด ๆ ทั้งสิ้น และไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันซึ่งเกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของคู่สัญญาโดยเฉพาะเท่านั้น มิได้กระทบกระทั่งพาดพิงไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่นด้วย จึงไม่ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า สัญญาดังกล่าวจึงมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันยกข้อต่อสู้ว่าสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนังสือค้ำประกันที่เป็นโมฆะ สัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันจึงตกเป็นโมฆะด้วยนั้น เนื่องจากยังไม่เคยมีแนวคำพิพากษาวางหลักเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ จึงย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงแก่ธนาคารว่าหากศาลมีคำพิพากษาเป็นไปในทิศทางเดียวกับที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันกล่าวอ้าง สัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันดังกล่าวจะมีน้ำหนักเพียงพอที่จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะพยานแล้วจะเห็นว่าในการกล่าวอ้างสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นพยานหลักฐานในคดี มักจะถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นพยานเอกสาร โดยในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีโดยอาศัยมูลหนี้ตามสัญญาคำขอให้ออกหนังสือค้ำประกัน คู่สัญญาสามารถนำสืบสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำประกันในฐานะที่เป็นพยานเอกสารในคดีได้โดยตรง แต่หากเป็นการฟ้องคดีโดยอาศัยมูลหนี้ตามหนังสือค้ำประกัน คู่สัญญาอาจนำหนังสือค้ำประกันมาสืบในฐานะที่เป็นพยานเอกสารในคดีโดยตรง และนำคำขอออกหนังสือค้ำประกันมาสืบประกอบหนังสือค้ำประกันได้ด้วย แม้ว่าสัญญาคำขอออกหนังสือค้ำ

ประกันตกเป็นโมฆะทั้งฉบับหรือแต่บางส่วน เพราะไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพียงแต่ศาลจะรับฟังพยานเอกสารดังกล่าวหรือไม่เพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาความไม่เพียงพอและความไม่เหมาะสมของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันเมื่อนำมาใช้บังคับกับหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารพาณิชย์ออกเพื่อประกันหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะเป็นการค้ำประกันทางพาณิชย์ ทำให้เจ้าหนี้ต่างประเทศไม่เชื่อถือในหนังสือค้ำประกันของธนาคารจนอาจตัดสินใจไม่เข้าทำสัญญาทางธุรกิจกับผู้ถือหนังสือค้ำประกันของธนาคารดังกล่าว นอกจากนี้ยังทำให้ธนาคารต้องพบกับปัญหาในกรณีที่ธนาคารปฏิเสธการชำระหนี้ตามหนังสือค้ำประกัน กล่าวคือ ธนาคารอาจได้รับความเสียหายในชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือ แต่หากธนาคารเข้าชำระหนี้ตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันไปแล้ว ธนาคารก็มีความเสี่ยงที่อาจจะไม่สามารถไล่เบี้ยเอาจากผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ ดังนั้น ธนาคารจึงเลือกที่จะไม่ใช่สิทธิไล่เบี้ยในฐานะผู้ค้ำประกันในการเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคาร แต่ธนาคารจะเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบตามสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันที่ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันได้ยื่นไว้ต่อธนาคาร ซึ่งในสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันดังกล่าวธนาคารจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันต้องรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคารเมื่อธนาคารได้ชำระหนี้ตามหนังสือค้ำประกันให้แก่ผู้รับหนังสือค้ำประกัน โดยไม่ยกข้อต่อสู้ใด ๆ ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันอาจขอสู้ธนาคารได้ว่าธนาคารได้ชำระหนี้ไปตามอำเภอใจโดยรู้ว่าคุณไม่มีความสามารถที่จะต้องชำระเพราะหนังสือค้ำประกันดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 407 และเมื่อสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนังสือค้ำประกันที่เป็นโมฆะ กล่าวคือ สัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันเป็นสัญญาที่คู่สัญญาแสดงเจตนาให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันที่มีเนื้อหาอันมีลักษณะต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย สัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันจึงตกเป็นโมฆะด้วย ทำให้ธนาคารไม่สามารถเรียกให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคารตามสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกันได้

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางในการร่างสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกัน เพื่อให้คำขอออกหนังสือค้ำประกันให้มีความสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการป้องกันคดีตามสัญญาค้ำขอออกหนังสือค้ำประกัน และเป็นการช่วยให้ธนาคารสามารถให้บริการออกหนังสือค้ำ

ประกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ เกิดประโยชน์ต่อผู้ประกอบการไทยที่มีความจำเป็นต้องใช้หนังสือค้ำประกันของธนาคารเป็นหลักประกันในการเข้าทำสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ และเกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ กล่าวคือ

1) ผู้เขียนเห็นว่าควรเปลี่ยนชื่อสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาตกลงชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการออกหนังสือค้ำประกัน (Indemnity Letter for Issuance of Letter of Guarantee) แม้ว่าการพิจารณาลักษณะทางกฎหมายของสัญญา จะพิจารณาที่เนื้อหาของสัญญาเป็นหลักมิใช่พิจารณาแต่เพียงจากชื่อของสัญญาเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ชื่อของสัญญาก็ก็นเป็นส่วนแรกที่ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหรือบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องกับสัญญา เช่น ผู้พิพากษา ซึ่งมีหน้าที่ต้องอ่านสัญญานี้ สามารถเข้าใจเจตนาของคู่สัญญาได้ทันทีว่ามีความประสงค์ที่จะทำสัญญานี้เพื่อการใด

2) ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดข้อตกลงไว้อย่างชัดเจนในสัญญาตกลงชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการออกหนังสือค้ำประกันว่าสัญญาฉบับนี้มีลักษณะเป็นเอกเทศ แยกต่างหากจากสัญญาประธานและหนังสือค้ำประกันที่ธนาคารออก ตลอดจนมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาใด ๆ โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้นแม้จะปรากฏภายหลังว่าสัญญาประธานหรือหนังสือค้ำประกันตกเป็นโมฆะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ไม่ว่าจะเพราะเหตุใด ๆ ก็หาจะมีผลทำให้สัญญาตกลงชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการออกหนังสือค้ำประกันตกเป็นโมฆะไปด้วย เพื่อให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันยกข้อต่อสู้ในภายหลังได้ว่าสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนังสือค้ำประกันที่เป็นโมฆะ สัญญาค้ำประกันจึงย่อมตกเป็นโมฆะไปด้วย

3) ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดข้อตกลงไว้อย่างชัดเจนในสัญญาตกลงชดใช้ค่าเสียหายสำหรับการออกหนังสือค้ำประกันว่าค่าเสียหายตามสัญญาฉบับนี้เป็นค่าเสียหายที่เกิดจากกรณีความเสียหายอย่างใดบ้าง โดยอาจกำหนดให้ค่าเสียหายดังกล่าวครอบคลุมถึงความเสียหายจากการผิดสัญญาที่เกินกว่าหลักกฎหมายกำหนด เช่น การกำหนดให้ผู้ขอออกหนังสือค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่ธนาคาร แม้ว่าธนาคารจะได้ชำระหนี้ตามภาระผูกพันในหนังสือค้ำประกันเกินกว่าวงเงินค้ำประกันก็ตาม เป็นต้น

รายการอ้างอิง

APS design builder. สัญญาจ้างก่อสร้าง [ออนไลน์]. 10 มิถุนายน 2558. แหล่งที่มา:

<http://apsdesignbuilder.com/%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%8D%E0%B8%B2%E0%B8%88%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%AA%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%87.htm> [10 มิถุนายน 2558]

Bank Austria. Better Secured in Domestic and Foreign Business. The Bank Guarantee [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

https://www.bankaustria.at/files/Folder_Bankgarantie_Englisch.pdf [7 กันยายน 2559]

Baxter, Ian F.G. International Banking and Finance. Toronto: Carswell, 1989.

SEB Bank. Bank Guarantees [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://seb.se/pow/content/produkter/betalningar/garanti_broschyr_eng.pdf [15 มิถุนายน 2559]

Spandane. Bank Guarantees [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.spandane.com/books/Training%20Notes%20for%20Bank%20Staff/General%20Ledger/02-BankGuarantee.pdf> [7 กันยายน 2559]

กฤษฎา สังขมณี. การจัดการสินเชื่อ. กรุงเทพมหานคร: ธนรัชการพิมพ์, 2549.

เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547.

———. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557.

คณะกรรมการผลิตและบริหารชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน. กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2553.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งสำนักฝึกอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2503.

ชนินทร์ พิทยาวิรัช. การบริหารสินเชื่อการเงินครบวงจร. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: อักษรโสภณ, 2550.

ชมชื่น มัณยารมย์. นิติกรรม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

www.dpu.ac.th/law/upload/content/files/12.doc [10 มิถุนายน 2558]

ชวลิต อรรถศาสตร์. คำอธิบายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร:
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,

ณัฐพรรณ อาญาพิทักษ์. สัญญาเบิกเงินเกินบัญชี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชากฎหมาย
การเงินและภาษีอากร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

ณัฐวดี บุญชื่น. ปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมายเรื่องความรับผิดของผู้ค้ำประกัน.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2555.

ดร.ภิเชก ชัยนิรันดร์. การบริหารสินเชื่อ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.

ดร.วรรณชัย บุญบำรุงและคณะ. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

ดร.สฤษฎ์ นินนาท. กฎหมายระหว่างประเทศเอกชน: แผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2551.

ธนาคารกรุงเทพ. หนังสือค้ำประกัน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.bangkokbank.com/BangkokBankThai/BusinessBanking/SMEs/Loans/ForSMEs/BusinessLoans/Pages/LetterOfGuarantee.aspx> [7 กันยายน 2559]

ธนาคารกรุงไทย. บริการออกหนังสือค้ำประกันหรือสแตนด์บาย L/C ต่อผู้รับประโยชน์ในต่างประเทศ
[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.ktb.co.th/ktb/th/product-detail-sme.aspx?product=zz2WMiBwsDubjYkEQUXjg%3D%3D&type=s> [10 มิถุนายน
2558]

ธนาคารกสิกรไทย. คู่มือการกรอกแบบฟอร์ม "คำขอให้ธนาคารออก / ต่อาอายุ / แก่ไข หนังสือค้ำ
ประกัน" (V.2 03/2559) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://www.kasikornbank.com/TH/ApplyForServices/Documents/ForCustomer_Modify_032016.pdf [7 กันยายน 2559]

———. บริการออกหนังสือค้ำประกันระหว่างประเทศและสแตนด์บาย แอล/ซี [ออนไลน์].

แหล่งที่มา:

<http://www.kasikornbank.com/TH/Corporate/InternationalTrade/GuaranteeSolutions/Pages/InternationalBankGuaranteeStandbyLC.aspx> [10 มิถุนายน 2558]

- ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย. บริการออกหนังสือค้ำประกัน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.smebank.co.th/th/service2.php> [6 กันยายน 2559]
- ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย. สินเชื่อเพื่อการค้ำประกันในต่างประเทศ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.ibank.co.th/2010/th/products-services/products-detail.aspx?ProductType=4&ID=101&Customer=BB> [10 มิถุนายน 2558]
- นายพจน์ ปุชปาตม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และ บุริมสิทธิ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2533.
- บริษัท แกรนด์ พร็อพเพอร์ตี้ แมนเนจเม้นท์ จำกัด. หนังสือค้ำประกัน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.thelandandhouse.com/smeloan/LG.php> [10 มิถุนายน 2558]
- บริษัท เดชา แอนด์ ไอพีเอส จำกัด. ผู้ค้ำประกันตามกฎหมายใหม่ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.decha.com/main/showTopic.php?id=11045> [7 กันยายน 2559]
- ประทีป พ้ากระจ่าง. หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Bank Guarantee) ศึกษาหลักกฎหมายและ ปัญหาในทางปฏิบัติ. เอกัตศึกษาปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะ นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ผศ.ดร.สันติ เจริญพรพัฒนา. หลักประกันประเภทต่าง ๆ ในงานก่อสร้าง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://cve414.files.wordpress.com/2015/04/cve414-bonding.pdf> [7 กันยายน 2559]
- ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์. กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและกฎหมายธุรกรรมทาง อิเล็กทรอนิกส์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.stou.ac.th/schools/slw/upload/40205-12.pdf> [27 ตุลาคม 2559]
- ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดารณี พุทธิวิบูลย์. การจัดการสินเชื่อ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2553.
- ผู้ช่วยศาสตราจารย์รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางธุรกิจ. กรุงเทพมหานคร: ห้าง หุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2551.
- ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุภาพร พิทักษ์เผ่าสกุล. คำอธิบาย ค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล. หลักกฎหมายแพ่งว่าด้วยการให้บริการธนาคาร. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

- พิชานัน กอนันตชัย. ปัญหาการตกลงเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในคดีแพ่ง. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- มรกต ศรีจรูณรัตน์. พยานเอกสาร. วารสารรามคำแหง: 110.
- รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราดพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร:
โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558.
- รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 16.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- รองศาสตราจารย์ณัฐพงศ์ โปษะบุตร. หลักสุจริต หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
[ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
<http://www.assumptionjournal.au.edu/index.php/LawJournal/article/download/904/810> [5 กันยายน 2559]
- รองศาสตราจารย์ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง
จำนำ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- . กฎหมายลักษณะพยาน พยานเอกสาร. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญู
ชน, 2552.
- รุ่งสรายุ เทศสวัสดิ์. หลักประกันการชำระหนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบผลทาง
กฎหมายระหว่างกฎหมาย Ucp 500, lsp 98 และ Urdg 458. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- วนิดา วงศ์ภินันท์วัฒนา. การบริหารงานด้านหนังสือคำประกันของธนาคารพาณิชย์. วิทยานิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 2539.
- วรวิวรรณ วุฒิสาร. ผลกระทบทางกฎหมายและแนวทางแก้ไข การบังคับใช้มาตรา 681/1 ตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศึกษากรณีธนาคารพาณิชย์เป็นผู้ค้ำประกัน. ปริญญา
มหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง. รวมคำพิพากษาศาลฎีกาคดีการค้าระหว่าง
ประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- ศาสตราจารย์ (พิเศษ) หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2502
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วย ประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน.
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2502.
- ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย. คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

ศาสตราจารย์ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายเบื้องต้นทางธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และ อาจารย์ณัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์. หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.stou.ac.th/schools/slw/upload/ex40701-2.pdf> [13 กันยายน 2559]

ศาสตราจารย์พิเศษ กิติพงษ์ อรุณีพัฒน์พงศ์. กฎหมายค้ำประกัน-จำนองใหม่. วารสารการเงินธนาคาร (ธันวาคม 2557): 268.

ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนากร. คำอธิบาย กฎหมายลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556.

ศาสตราจารย์พิเศษอีก อัสวานันท์. ร่างสัญญาธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ศาสตราจารย์วารี หะวานนท์. การบัญชีธนาคารการปฏิบัติงานธนาคารพาณิชย์. พิมพ์ครั้งที่ 5.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2534.

สนิท สนั่นศิลป์. หลักการตีความสัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2534.

สมาคมสถาบันการศึกษาการธนาคารและการเงินไทย. คู่มือการเงินการธนาคารสำหรับนักการธนาคารไทย. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดเอราวัณการพิมพ์, 2546.

สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม. ข้อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกันและจำนอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558.

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. การรับฟังพยานหลักฐาน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/PDF/Lecture/LectureTerm2/01_phon_phet_wichit_chon_chai/pornpech_2_55.ppt [10 มิถุนายน 2558]

———. พยานหลักฐานในสำนวน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/.../pornpech_9_54.ppt [10 มิถุนายน 2558]

สุดา วิศรุตพิชญ์. กม.ค้ำประกัน-จำนองใหม่: หน่วยงานรัฐระวังเสียค่าโง่ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://www.isranews.org/isra-news/item/33835-kk_33835.html [6 กันยายน 2559]

———. หลักกฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำนำ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

สุพจน์ ภู่มานะชัย. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วย การชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554.

สุพิศ ปราณีตพลกรัง. การดำเนินคดีในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: อินเทอร์เน็ตบุคส์, 2544.

สุรพล ไตรเวทย์. หลักการทำสัญญาและตัวอย่างสัญญาต่าง ๆ ไทย-อังกฤษ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.

หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. นิติกรรมสัญญา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.satun.ago.go.th/commerce1.htm> [10 มิถุนายน 2558]

อานนท์ ศรีบุญโรจน์. กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน ค้ำประกัน จำนอง จำนำ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.



ภาคผนวก



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก

อัตราค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์



อัตราค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์

รายชื่อธนาคารพาณิชย์	อัตราค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือค้ำประกัน
ธนาคารพาณิชย์จดทะเบียนในประเทศ	
ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)	<ul style="list-style-type: none"> - ค้ำประกันประกวดราคา คิดไม่ต่ำกว่าร้อยละ 1.5/ปี ของวงเงินค้ำประกัน อัตราขั้นต่ำฉบับละ 500 บาท - ค้ำประกันสัญญาทั่วไป คิดไม่ต่ำกว่าร้อยละ 2.0/ปี ของวงเงินค้ำประกัน อัตราขั้นต่ำฉบับละ 500 บาท - ค้ำประกันการกู้ยืม การขาย ขายลดหรือขาดลดช่วงตัวเงิน คิดไม่ต่ำกว่าร้อยละ 2.5/ปี ของวงเงินค้ำประกันอัตราขั้นต่ำฉบับละ 500 บาท - กรณีมีเงินสดหรือเงินฝากเป็นประกันเต็มวงเงินหรือมี Counter Guarantee จากธนาคารอื่นเป็นประกัน คิดไม่ต่ำกว่าร้อยละ 1.0/ปี ของวงเงินค้ำประกันอัตราขั้นต่ำฉบับละ 500 บาท
ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน)	ร้อยละ 1-2.50/ปี ขึ้นต่ำ 500 บาท/ฉบับ
ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน)	ร้อยละ 2.5 ต่อปี ขึ้นต่ำ 500 บาทต่อฉบับ
ธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน)	<ul style="list-style-type: none"> - หนังสือค้ำประกันชำระค่าสินค้า/การรับเงินล่วงหน้า/การกู้ยืม : ร้อยละ 2.50 ต่อปี ขึ้นต่ำ 500 บาท/ฉบับ - หนังสือค้ำประกันการทำสัญญา/ผลงาน/ค่าไฟฟ้า/ภาษี/อื่นๆ : ร้อยละ 2 ต่อปี ขึ้นต่ำ 500 บาท/ฉบับ - หนังสือค้ำประกันการยื่นซอง : ร้อยละ 1.50 ต่อปี ขึ้นต่ำ 500 บาท/ฉบับ
ธนาคารเกียรตินาคิน จำกัด (มหาชน)	ไม่เกินร้อยละ 5 ต่อปี ของวงเงินค้ำประกัน ขึ้นต่ำ 500 บาท/ฉบับ
ธนาคารซีไอเอ็มบี ไทย จำกัด (มหาชน)	<ul style="list-style-type: none"> - ร้อยละ 3.0 ต่อปี ขึ้นต่ำฉบับละ 500 บาท - กรณีมีเงินฝากค้ำประกันเต็มวงเงินสูงสุด ไม่เกินร้อยละ 3.0 ต่อปี ขึ้นต่ำฉบับละ 500 บาท - ร้อยละ 1.5 ต่อปี ขึ้นต่ำฉบับละ 250 USD สูงสุดไม่เกินร้อยละ 3.0 ต่อปี สำหรับหนังสือค้ำประกันสัญญาเงินกู้

	<p>และร้อยละ 1.0 ต่อปี ขั้นต่ำฉบับละ 250 USD สูงสุดไม่เกิน ร้อยละ 3.0 ต่อปีสำหรับหนังสือค้ำประกันการประกวดราคาหรือสัญญาประเภทต่างๆ</p> <p>- ค่าธรรมเนียมในการคืนต้นฉบับหนังสือค้ำประกันล่าช้า โดยคิดในอัตราตามประเภทที่ประกาศเรียกเก็บโดยคิดคร่าวละ 3 เดือน ขั้นต่ำฉบับละ 500 บาท</p>
ธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน)	<p>- กรณีหลักประกันทั่วไป คิดร้อยละ 2.5 /ปี</p> <p>- กรณีหลักประกันเป็นเงินฝากเต็มจำนวน คิดร้อยละ 1.25 /ปี</p> <p>- กรณีหลักประกันเป็น Counter Guarantee ของธนาคารพาณิชย์ในประเทศหรือต่างประเทศคิดร้อยละ 1.75 /ปี</p> <p>- กรณีขอยกเลิกไม่รับหนังสือค้ำประกัน สกุลบาท คิดฉบับละ 500 บาท กรณีสกุลตราต่างประเทศคิด ฉบับขั้นต่ำ 40 USD/ฉบับ หรือเทียบเท่า</p> <p>ค่าธรรมเนียมขั้นต่ำ สกุลบาท ฉบับละ 500 บาทต่อปี สกุลตปท 40 USD/ฉบับ หรือเทียบเท่า</p> <p>เศษของเดือนนับเป็น 1 เดือน ขั้นต่ำต่อฉบับ 3 เดือน</p>
ธนาคารทีสโก้ จำกัด (มหาชน)	ร้อยละ 1-2.5 ต่อปี ขั้นต่ำ 1,000 บาทต่อฉบับ
ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน)	ร้อยละ 1.00 - 3.00 /ปี ขั้นต่ำ 500 บาท/ฉบับ
ธนาคารธนชาต จำกัด (มหาชน)	สูงสุดไม่เกินกว่าอัตราร้อยละ 3 ต่อปี ของวงเงินที่ค้ำประกัน และไม่ต่ำกว่า ฉบับละ 500 บาท
ธนาคารเมกะ สากลพาณิชย์ จำกัด (มหาชน)	<p>- ค่าธรรมเนียมการออกหรือต่ออายุหนังสือค้ำประกัน: ร้อยละ 2 ต่อปี ขั้นต่ำ 500 บาท/ฉบับ</p> <p>- ค่าธรรมเนียมการแก้ไขหนังสือค้ำประกัน : 100 บาท/การแก้ไข 1 แห่ง</p>
ธนาคารยูโอบี จำกัด (มหาชน)	<p>- ค่าประกันของ ร้อยละ 2.5/ปี</p> <p>- ค่าประกันสัญญา ร้อยละ 2.5/ปี</p> <p>- ค่าประกันการกู้ยืม ร้อยละ 3/ปี</p> <p>- ขั้นต่ำไม่น้อยกว่า 3 เดือน เศษของเดือนคิดเป็น 1 เดือน และ ไม่น้อยกว่า 500 บาท/ฉบับ</p>

ธนาคารแลนด์ แอนด์ เฮ้าส์ จำกัด (มหาชน)	ไม่เกินร้อยละ 3.00 ต่อปีของวงเงิน ขั้นต่ำ 500 บาท/ฉบับ
ธนาคารสแตนดาร์ดชาร์เตอร์ด (ไทย) จำกัด (มหาชน)	- ค่าธรรมเนียมการออกหนังสือค้ำประกันยื่นขอประกวดราคา, ค้ำประกันภาษีศุลกากร ร้อยละ 2 ต่อปี ขั้นต่ำ 1,500 บาท - ค่าธรรมเนียมการออกหนังสือค้ำประกันปฏิบัติตามสัญญา หรือ ค้ำประกันเงินกู้ ร้อยละ 2.5 ต่อปี ขั้นต่ำ 1,500 บาท
ธนาคารแห่งประเทศไทย (ไทย) จำกัด (มหาชน)	ร้อยละ 2.5/ปี ขั้นต่ำ 1,000 บาท/ฉบับ
ธนาคารไอซีบีซี (ไทย) จำกัด (มหาชน)	- ค่าประกันของประกวดราคา อัตราค่าบริการ 1.5 - 2.5% ต่อปีของวงเงินค้ำประกัน - ค่าประกันการปฏิบัติงานตามสัญญา อัตราค่าบริการ 2 - 2.75% ต่อปีของวงเงินค้ำประกัน - ค่าประกันการรับเงินล่วงหน้า, ค่าประกันผลงาน อัตราค่าบริการ 2 - 2.75% ต่อปีของวงเงินค้ำประกัน - ค่าประกันการซื้อขายสินค้า อัตราค่าบริการ 2 - 2.75% ต่อปีของวงเงินค้ำประกัน - ค่าประกันการกู้ยืม / การขาย / ขายลด / ขายลดตัวเงิน อัตราค่าบริการ 2.5 - 3% ต่อปีของวงเงินค้ำประกัน - เงินสดหรือเงินฝากค้ำประกันเต็มวงเงินหรือมี Counter Guarantee จากธนาคารอื่นเป็นประกัน อัตราค่าบริการ 1 - 1.75% ต่อปีของวงเงินค้ำประกัน - ค่าประกันอื่น ๆ อัตราค่าบริการ 2 - 3% ต่อปีของ วงเงิน ค้ำประกัน - การคืนต้นฉบับหนังสือค้ำประกันล่าช้าเกินกว่า 30 วันนับ จากวันหมดอายุ อัตราค่าบริการ เรียกเก็บขั้นต่ำ 3 เดือน เริ่มคิดจากวันหมดอายุของหนังสือค้ำประกัน
สาขาธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ	
ธนาคารซีทีแบงก์	ร้อยละ 2 / ปี ขั้นต่ำ 1,000 บาท/ฉบับ

ธนาคารซูมิโตมิ มิตรชุย แบงกิ้ง คอร์ปอเรชั่น	- ค่าธรรมเนียมสำหรับหนังสือค้ำประกันที่หมดอายุ ชั้นต่ำ 250 บาท/ไตรมาส - อัตราค่าธรรมเนียมของหนังสือค้ำประกัน อัตราค่าธรรมเนียมของหนังสือค้ำประกัน ร้อยละ 3/ปี อัตราค่าธรรมเนียมของหนังสือค้ำประกันที่ระบุวันหมดอายุ ชั้นต่ำ 1,000 บาท/ปี (ไม่ถึง 1 ปี คิดเป็น 1 ปี) อัตราค่าธรรมเนียมของหนังสือค้ำประกันที่ไม่ระบุวันหมดอายุ ชั้นต่ำ 250 บาท/ไตรมาส อัตราค่าธรรมเนียมของหนังสือค้ำประกันที่ไม่ระบุวันหมดอายุ ชั้นต่ำ 500 บาท/2 ไตรมาส - ค่ายกเลิกหนังสือค้ำประกัน 500 บาท/ฉบับ - ค่าปรับในการขอคืนค่าธรรมเนียม 1,000 บาท/ครั้ง
ธนาคารดอยช์แบงก์	- หนังสือค้ำประกันประกวดราคา ร้อยละ 1.5 - 5 ต่อปี ชั้นต่ำ 2,000 บาท - หนังสือค้ำประกันอื่น ร้อยละ 2 -5 ต่อปี ชั้นต่ำ 2,000 บาท
ธนาคารบีเอ็นพี พารีบาส์	ร้อยละ 2.50/ปี ชั้นต่ำ 2000 บาท หรือเป็นไปตามข้อตกลงกับทางธนาคาร
ธนาคารมิซูโฮ คอร์ปอเรต จำกัด	สูงสุด ร้อยละ 10 ต่อปี ชั้นต่ำ 1,500 บาท
ธนาคารแห่งอเมริกาเนชั่นแนลแอสโซซิเอชั่น	ร้อยละ 2.50 /ปี ชั้นต่ำ 1,000 บาท
ธนาคารอาร์ เอช บี จำกัด	ร้อยละ 3/ปี ชั้นต่ำ ฉบับละ 500 บาท
ธนาคารอินเดียเนอเวอริตี้ส์	500 บาท/ฉบับ
ธนาคารโอเวอร์ซี-ไชนีสแบงกิ้งคอร์ปอเรชั่น จำกัด	ชั้นต่ำ 1,200 บาท/ฉบับ สูงสุดไม่เกิน ร้อยละ 4.00/ปี
ธนาคารฮ่องกงและเซี่ยงไฮ้แบงกิ้งคอร์ปอเรชั่น จำกัด	ร้อยละ 2 - 2.5/ปี ชั้นต่ำ 1,200 บาท/ฉบับ
ธนาคารเดอะรอยัลแบงก์ออฟสกอตแลนด์ ฟีแอลซี สาขากรุงเทพฯ	1,500 บาท/ฉบับ หรือ ร้อยละ 2.50 /ปี ชั้นต่ำ 1,500 บาท/ฉบับ

แหล่งที่มา: ธนาคารแห่งประเทศไทย

ภาคผนวก ข

ตัวอย่าง คำขอออกหนังสือค้ำประกัน



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



คำขอให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน
APPLICATION FOR ISSUANCE OF LETTER OF GUARANTEE

รูปแบบ/Format
<input type="checkbox"/> Letter of Guarantee
<input type="checkbox"/> Standby L/C

ทำที่ / At
.....
วันที่ / Date

ข้าพเจ้า (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ผู้ขอ") มีความประสงค์จะขอให้ บมจ. ธนาคารกสิกรไทย (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ธนาคาร") ออกหนังสือค้ำประกันการดำเนินการของผู้ขอ หรือบุคคลที่มีรายชื่อปรากฏด้านล่าง (ตามแต่กรณี) ให้ต่อผู้รับหนังสือค้ำประกัน ดังนี้

We (hereinafter referred to as "the Applicant") hereby request KASIKORNBANK PCL. (Hereinafter referred to as "the Bank") to issue letter of guarantee to secure the obligation of the Applicant or the Debtor (as applicable) in favor of the Beneficiary as follows:

<p>ผู้ขอ / Applicant :</p> <p>ชื่อ / Name</p> <p>ที่อยู่ /Address</p>
<p>ลูกหนี้ / Debtor : (ในกรณีที่ผู้ขอธนาคารจะค้ำประกันเป็นบุคคลอื่นขอให้ระบุรายละเอียดในช่องนี้)</p> <p><input type="checkbox"/> คนละบุคคลกับผู้ขอ / not the same as the Applicant</p> <p><input type="checkbox"/> ชื่อ (Name)</p> <p>ที่อยู่ (Address)</p>
<p>ผู้รับหนังสือค้ำประกัน / Beneficiary</p> <p>ชื่อ (Name)</p> <p>ที่อยู่ (Address)</p>
<p>วัตถุประสงค์การค้ำประกัน Guaranteed Purpose</p> <p>ในกรณีที่ in case <input type="checkbox"/> ผู้ขอ/the Applicant</p> <p><input type="checkbox"/></p> <p>[ในกรณีที่ผู้ขอธนาคารจะค้ำประกันเป็นบุคคลอื่น/in case the Bank guarantee the other person]</p> <p><input type="checkbox"/> การประมูลงาน / Bidding ตาม / in accordance with</p> <p><input type="checkbox"/> การปฏิบัติตามสัญญา/เงื่อนไข / Performance ตาม / in accordance with</p> <p><input type="checkbox"/> การรับเงินล่วงหน้า / Advance Payment ตาม / in accordance with</p> <p><input type="checkbox"/> การรับเงินประกัน / Retention Money ตาม / in accordance with</p> <p><input type="checkbox"/> การประกันผลงาน / Warranty ตาม / in accordance with</p> <p><input type="checkbox"/> การจ่ายภาษี/อากร/ Payment ofTax/Duty</p> <p><input type="checkbox"/> การจ่ายค่าไฟ /Electricity Payment</p> <p><input type="checkbox"/> ภาระของผู้รับหนังสือค้ำประกันที่ได้ออกหนังสือค้ำประกันให้ไว้ต่อ / Counter Guarantee obligation of the Beneficiary's letter of guarantee issue in favor of</p> <p><input type="checkbox"/> อื่น ๆ / other</p>

จำนวนเงินค้ำประกัน / Guaranteed Amount : สกุลเงินและจำนวนเงิน / currency and amount เงื่อนไขเพิ่มเติม / additional condition	
ระยะเวลาค้ำประกัน / Guaranteed Period : <input type="checkbox"/> ตั้งแต่/ from จนถึง/until <input type="checkbox"/> จนกว่าผู้ขอ/ลูกหนี้ จะหมดภาระผูกพัน until obligations of the Applicant/ the Debtor has been fulfilled <input type="checkbox"/>	
รายละเอียดอื่น ๆ / other details <input type="checkbox"/> ตามที่ระบุในเอกสารแนบ ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของคำขอฉบับนี้ as specified in the appendix attached hereto and shall be deemed as an integral part hereof <input type="checkbox"/>	

1 เมื่อใดก็ตามที่ธนาคารได้รับแจ้งจากผู้รับหนังสือค้ำประกันให้รับผิดชอบใช้เงินตามหนังสือค้ำประกัน ผู้ขอตกลงให้ธนาคารชำระเงินตามจำนวนที่ถูกเรียกร้องได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ขอทราบก่อน และผู้ขอตกลงชดเชยเงินทุกจำนวนที่ธนาคารได้ชำระไปให้แก่ธนาคารในทันทีที่ได้รับแจ้ง ทั้งนี้ ผู้ขอสละสิทธิที่จะหักทวงค้ำคืนการชำระเงินของธนาคาร ตลอดจนยอมรับการปฏิบัติใด ๆ ของธนาคารตามหนังสือค้ำประกัน และหากผู้ขอ และ/หรือ ลูกหนี้ และ/หรือธนาคาร ยังมีข้อต่อสู้ใด ๆ กับผู้รับหนังสือค้ำประกัน ผู้ขอตกลงสละสิทธิที่จะโต้แย้งหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับธนาคาร ในการไม่ยกข้อต่อสู้หรือข้อโต้แย้งนั้น ทั้งนี้ โดยผู้ขอจะถือว่ากล่าวกับผู้รับหนังสือค้ำประกันเองเป็นส่วนหนึ่งต่างหากเอง

Whenever and upon the time that the Bank has received the Beneficiary's demand for payment under the letter of guarantee, the Applicant agrees to the Bank for making such payment immediately, without delay and without prior notification to the Applicant, and then reimburse the Bank in full promptly as the Bank's notice. In addition, the Applicant hereby waives its right to protest or object such making payment by the Bank, even though the Debtor and/or the Debtor may have any defenses or controversies.

2 ผู้ขอตกลงชำระค่าธรรมเนียมการออกหนังสือค้ำประกันให้แก่ธนาคารในอัตราตามที่ระบุข้างล่างนี้ ทั้งนี้ผู้ขอรับทราบและยอมรับว่าค่าธรรมเนียมดังกล่าวธนาคารมีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือชี้แจงเหตุผลต่อผู้ขอแต่อย่างใด และผู้ขอตกลงชำระค่าธรรมเนียมให้แก่ธนาคารในอัตราที่เปลี่ยนแปลงนั้น โดยจะไม่ได้แย้งคัดค้านใด ๆ ทั้งสิ้น และผู้ขอรับทราบว่าค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นการชำระล่วงหน้า ซึ่งธนาคารไม่มีหน้าที่ต้องคืนให้แก่ผู้ขอไม่ว่าในกรณีใด ๆ

The Applicant shall pay the fee for the issuance of the letter of guarantee to the Bank at the rate of per annum of the guaranteed amount as specified below. The Applicant hereby agrees and accepts that such fee is subject to change by the Bank, from time to time, without prior notification or expression of its grounds to the Applicant. The Applicant acknowledges and agrees that such fee shall be paid on advance basis and shall not be refund.

อัตราค่าธรรมเนียม / Fee rate	
------------------------------	--

ในกรณีที่หนังสือค้ำประกันเป็นแบบมีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดที่แน่นอน ผู้ขอตกลงให้เริ่มคำนวณค่าธรรมเนียมนับตั้งแต่วันที่หนังสือค้ำประกันมีผลบังคับใช้ไปจนถึงวันที่ครบกำหนดระยะเวลาในคำประกัน โดยผู้ขอตกลงชำระเป็นการล่วงหน้าครั้งเดียวทั้งจำนวนในวันที่ธนาคารออกหนังสือ ค้ำประกัน อนึ่งในกรณีที่ครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกันตามหนังสือค้ำประกันแล้ว หากธนาคารยังไม่ได้รับแจ้งจากผู้รับหนังสือค้ำประกันเป็นลายลักษณ์อักษรว่าธนาคารพ้นจากภาระความรับผิดชอบทั้งหมดตามหนังสือค้ำประกัน หรือได้รับคืนฉบับหนังสือค้ำประกันคืน ผู้ขอตกลงที่จะชำระค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดไว้ในคำขอฉบับนี้ให้แก่ธนาคารต่อไป โดยชำระเป็นการล่วงหน้าสำหรับช่วงระยะเวลาทุก 3 (สาม) เดือน ชำระครั้งแรกในวันที่ครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกันตามที่ระบุในหนังสือค้ำประกัน

For letter of guarantee issuance with the specific expiry date (closed-end): The Applicant agrees to pay issuing fee in advance on the issuance date of the letter of guarantee in full amount which fee calculated from the effective date of the letter of guarantee to such specific expiry date of such letter of guarantee. In the event that the Bank has not received (a) written notification to discharge entire liabilities of the Bank under the letter of guarantee or (b) return of the original letter for cancellation, the Applicant agrees to

further pay issuing fee in advance for every 3 (three) months at the rate as specified which starting from the expiry date of letter of guarantee as specified in the letter of guarantee.

ในกรณีที่หนังสือค้ำประกันเป็นแบบไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดที่แน่นอน ผู้ขอตกลงเริ่มคำนวณค่าธรรมเนียมนับตั้งแต่วันที่หนังสือค้ำประกันมีผลบังคับใช้ ไปจนกว่าธนาคารจะได้รับแจ้งจากผู้รับหนังสือค้ำประกันเป็นลายลักษณ์อักษรว่า ธนาคารพ้นจากภาวะความรับผิดชอบทั้งหมดตามหนังสือค้ำประกัน หรือได้รับต้นฉบับหนังสือค้ำประกันคืนแล้ว ทั้งนี้ผู้ขอตกลงชำระค่าธรรมเนียมเป็นการล่วงหน้า โดยชำระครั้งแรกลำหรับระยะเวลา 1 (หนึ่ง) ปี ในวันที่ธนาคารออกหนังสือค้ำประกัน และชำระครั้งต่อ ๆ ไป สำหรับทุกรอบระยะเวลา 1 (หนึ่ง) ปี โดยชำระในทุกวันที่ครบกำหนดแต่ละรอบระยะเวลา

For letter of guarantee with non-specific guarantee period (opened-end): The Applicant agrees to pay issuing fee calculated from the effective date of the letter of guarantee until (a) the Bank has received written notification from the Beneficiary to discharge entire liabilities of the Bank under the letter of guarantee or (b) return of the original letter of guarantee for cancellation. The Applicant agrees to pay for issuing fee in advance and the first installment fee in advance for the period of 1 (one) year on the issuance date of the letter of guarantee and consecutively payment for each additional period of 1 (one) year on each date of every anniversary.

การคำนวณค่าธรรมเนียมหนังสือค้ำประกันในแต่ละคราวที่ต้องชำระที่มีระยะเวลาการค้ำประกันไม่ครบ 3(สาม)เดือน ผู้ขอตกลงชำระค่าธรรมเนียมให้แก่ธนาคารเท่ากับกำหนดระยะเวลา 3 (สาม) เดือน ทั้งนี้ ในการคำนวณค่าธรรมเนียมดังกล่าว หากจำนวนเงินที่ต้องชำระ แต่ละคราวต่ำกว่า 1,000 บาท (หนึ่งพันบาทถ้วน) ผู้ขอตกลงชำระให้แก่ธนาคารเป็นจำนวน 1,000 บาท (หนึ่งพันบาทถ้วน)

However, in calculation and payment of issuing fee with its guaranteed period not more than 3 (Three) months, the Applicant shall pay the fee to the Bank in equivalent to the period of 3 (Three) months. Provided however that in case the amount of fee paid for period of each payment installment is less than Baht 1,000 (Baht One Thousand Only), the Applicant agrees to pay the fee to the Bank for each installment in the amount of Baht 1,000 (Baht One Thousand Only).

ตามรายละเอียดที่ระบุในเอกสารแนบ และให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำขอฉบับนี้

The Applicant agrees to pay the fee as details specified in the appendix attached hereto and shall be deemed as an integral part hereof.

.....

- 3 ผู้ขอตกลงรับภาระและชดใช้ค่าธรรมเนียม ค่าอากร ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นตามประเพณีของธนาคารในการออกหนังสือค้ำประกัน การชำระเงินตามภาระภายใต้หนังสือค้ำประกัน การขออนุญาตค้ำประกันด้วยสกุลเงินต่างประเทศ และ/หรือ การส่งเงินไปชำระเป็นสกุลเงินต่างประเทศจากทางราชการ ผลต่าง และ/หรือ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากความแตกต่าง หรือผันผวนของสกุลเงิน และอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศกับเงินสกุลบาทในการค้ำประกัน และ/หรือการชำระเงินแบบต่าง ๆ ตลอดจนดอกเบี้ย ค่าใช้จ่าย และค่าเสียหายใด ๆ อันพึงเกิดขึ้นกับธนาคารในการดำเนินการตามคำขอฉบับนี้ให้แก่ธนาคารจนครบถ้วน พร้อมทั้งดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ธนาคารได้จ่ายเงินนั้นๆ เป็นต้นไป จนถึงวันที่ผู้ขอได้ชำระให้แก่ธนาคารจนครบถ้วน

The Applicant agrees to be responsible for and reimburse to the Bank for all fees, taxes, and expenses which occurred in connection with the letter of guarantee, including without limitation, issuance, approval fee for guarantee in foreign currency, and remittance of foreign currency, difference in exchange of foreign currency, fluctuation of foreign currency, together with interest, expenses and damages as may be occurred thereon together with default interest from the occurring date until the date the Bank has received payment in full.

อัตราดอกเบี้ยสำหรับเงินที่ผู้ขอจะต้องชำระให้แก่ธนาคารภายใต้ภาระตามคำขอฉบับนี้ ผู้ขอยินยอมให้ธนาคารคิดในอัตราเท่ากับอัตราดอกเบี้ยผิดนัดที่ธนาคารประกาศกำหนด ในแต่ละระยะเวลา ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามที่ธนาคารประกาศกำหนดเป็นคราวๆ ไป โดยธนาคารไม่ต้องทำหลักฐานใด ๆ ให้แก่ผู้ขออีกแต่ประการใด (ซึ่งในคำขอฉบับนี้จะอ้างถึงคำว่า "อัตราผิดนัด")

The Applicant agrees that interest to be charged for all monies due to the Bank shall be the default interest as announced by the Bank from time to time, without further notice to the Applicant ("Default Interest Rate")

ทั้งนี้ ผู้ขอยินยอมให้ธนาคารมีสิทธิใช้ดุลยพินิจหักเงินจำนวนใด ๆ ที่ผู้ขอเป็นเจ้าของ หรือเป็นเจ้าของธนาคารในขณะนั้น และ/หรือในภายหน้า เพื่อชำระค่าธรรมเนียม ค่าเสียหาย ค่าใช้จ่าย เงินที่ธนาคารได้ชำระไปตามที่ถูกระบุหรือเรียกภายใต้ภาระการค้ำประกัน และ/หรือ เงินจำนวนอื่นใดที่ผู้ขอต้องชำระให้แก่ธนาคาร โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ขอทราบ

The Applicant hereby authorizes, without any notice, the Bank to set-off any money that the Applicant own or be a creditor to the Bank, whether present and/or in the future, for making payment of fee, damages, expenses, money that the Bank paid for claim under obligation of the letter of guarantee and/or any money that the Applicant owed to the Bank.

4. ในกรณีที่เป็นการออกหนังสือค้ำประกันในสกุลเงินตราต่างประเทศ และมีกรณีผิดนัดชำระเงิน และ/หรือผิดข้อกำหนด หรือเงื่อนไขใดภายใต้คำขอฉบับนี้ ผู้ขอตกลงให้เป็นสิทธิและดุลยพินิจของธนาคารโดยลำพัง ไม่ว่าในขณะใดหลังจากเหตุดังกล่าว ในการเปลี่ยนสกุลเงินที่ผู้ขอมีภาระต้องชำระให้แก่ธนาคารภายใต้คำขอฉบับนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ตามที่ธนาคารเห็นสมควรเป็นสกุลเงินบาทได้ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ขออีก ซึ่งผู้ขอตกลงให้ถือว่ายอดเงินที่ค้างชำระที่เคยเป็นสกุลเงินต่างประเทศเปลี่ยนเป็นสกุลเงินบาท และผู้ขอยินยอมชำระดอกเบี้ยเงินบาทที่แปลงมาดังกล่าวในอัตราผิดนัด

In the event that the letter of guarantee is issued in a foreign currency and there is any breach in payment and/or any conditions of this Application, the Applicant agrees that the Bank has absolute, without consent of the Applicant, has it right to exercise its discretion to convert such relevant foreign currency whether in whole or in part to Baht currency as the Bank deems appropriate The Applicant agrees and consents that the debt that was converted into Baht currency is debt that the Applicant obligated to repay the Bank and that the Default Interest rate shall be calculated from such converted amount.

5. ผู้ขอตกลงและรับทราบว่า ในกรณีที่หนังสือค้ำประกันที่จะออกโดยธนาคาร ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศ หรือกฎระเบียบปฏิบัติใด ๆ หากมีข้อพิพาทภายใต้หนังสือค้ำประกันเกิดขึ้น ผู้ขอตกลงผูกพันต่อธนาคารและผู้รับหนังสือค้ำประกันตามบทบัญญัติ/ข้อกำหนดของกฎหมาย/กฎระเบียบนั้น ตลอดจนสละสิทธิ และ/หรือ ข้อยกเว้นใด ๆ อันผู้ขออาจพึงมีและพึงกล่าวอ้างได้ภายใต้กฎหมาย/กฎระเบียบนั้น ๆ อันเป็นเหตุให้ผู้ขอได้ รับการยกเว้นความรับผิด และ/หรือความรับผิดชอบใดๆที่ผู้ขอจะต้องรับผิดชอบและ/หรือรับผิดต่อธนาคาร

In the case where the letter of guarantee by subjected to any foreign law or any specified customs and /or practices, and there is any dispute relating to such letter of guarantee, the Applicant agrees and acknowledges to be bound by such laws or regulations and/or practices in all respects and also agrees to waive any rights or exception granted thereby that may release any liability of the Applicant to the Bank.

ในกรณีที่ข้อพิพาทภายใต้หนังสือค้ำประกัน และ/หรือ ภายใต้สัญญาที่เกี่ยวข้องกับหนังสือค้ำประกันดังกล่าว อันอาจเป็นเหตุให้ธนาคารได้รับการร้องขอให้เข้ามีส่วนร่วมในคดีหรือข้อพิพาทดังกล่าวแล้วผู้ขอตกลงรับผิดชอบค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวทั้งสิ้นทั้งจำนวน ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียง ค่าจ้างทนายความ การใช้จ่ายในการต่อสู้คดี ค่าที่พัก และค่าพาหนะ แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของธนาคาร ในการที่จะใช้ดุลยพินิจในการเข้าร่วม หรือไม่เข้าร่วมในคดี หรือข้อพิพาทนั้น และกรณีดังกล่าวผู้ขอตกลงสละสิทธิในการที่จะเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ต่อธนาคารโดยหากธนาคารจะต้องรับผิดชอบในเงินจำนวนใดๆต่อผู้รับหนังสือค้ำประกันเป็นจำนวนเงินที่เพิ่มเติม และนอกเหนือจากจำนวนเงินค้ำประกันที่ปรากฏในหนังสือค้ำประกันอันเป็นผลสืบเนื่องจากกฎหมาย / กฎระเบียบที่ระบุแล้ว ผู้ขอตกลงรับผิดชอบชำระเงินจำนวนดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารจนครบถ้วนทั้งสิ้นทั้งจำนวน

In the event that there is dispute relating to the letter of guarantee and/or any relevant agreement which may cause the Bank to participate in such dispute or the lawsuit, the Applicant agrees to be responsible for all incur expenses including but not limited to lawyer fee, expenses in lawsuit, accommodation fee and vehicle fee. However, nothing shall prejudice discretion of the Bank to participate in the aforesaid dispute or the lawsuit. In any event the Applicant agrees not to demand for any damages from the Bank. Moreover, in case the Bank is obligated to responsible for any additional amount (other than the guaranteed amount as appeared in the letter of guarantee) due to the law and/or practices as specified in the letter of guarantee, the Applicant agrees to responsible for all additional payment in all respect.

6. ในกรณีที่ความหมายของข้อกำหนดและเงื่อนไขภาษาไทยและภาษาอังกฤษไม่ตรงกัน ผู้ขอตกลงให้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่เป็นภาษาไทยบังคับในการตีความและอธิบายความ

In the event that there is inconsistency in English language version and Thai language version, the Applicant agrees that the Thai language version of this Application shall prevail.

7. คำขอฉบับนี้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทย

This Application shall be governed by and construed in accordance with the laws of Thailand.



คำขอให้ธนาคารออกหนังสือสัญญาค้ำประกัน

ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) สำนักงานใหญ่/สาขา _____

วันที่ _____

ข้าพเจ้า นาย/นาง/นางสาว _____

อายุ _____ ปี เชื้อชาติ _____ สัญชาติ _____ ที่อยู่เลขที่ _____

หมู่ที่ _____ ตรอก/ซอย _____ ถนน _____ ตำบล/แขวง _____ อำเภอ/เขต _____

จังหวัด _____ โทรศัพท์ _____

ข้าพเจ้า _____

โดย _____

(ผู้มีอำนาจกระทำการแทน)/(หุ้นส่วนผู้จัดการ) สำนักงานตั้งอยู่เลขที่ _____ หมู่ที่ _____

ตรอก/ซอย _____ ถนน _____

ตำบล/แขวง _____ อำเภอ/เขต _____ จังหวัด _____

โทรศัพท์ _____

มีความประสงค์จะขอให้ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) สำนักงานใหญ่/สาขา _____

ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ธนาคาร" ออกหนังสือสัญญาค้ำประกันเพื่อค้ำประกันข้าพเจ้าและ/หรือ (ระบุชื่อบุคคลที่ขอให้ค้ำประกัน) _____

ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ลูกหนี้" ต่อ (ระบุชื่อผู้รับหนังสือสัญญาค้ำประกัน) _____

ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ผู้รับประโยชน์" ภายในวงเงินค้ำประกันทั้งสิ้น _____ บาท (_____)

โดยมีรายละเอียดดังนี้

ทั้งนี้เป็นการค้ำประกันประเภท

มีกำหนดระยะเวลา นับตั้งแต่วันที่ _____

จนถึงวันที่ _____

ไม่มีกำหนดระยะเวลา โดยเริ่มตั้งแต่ _____ เป็นต้นไป จนกว่าจะปฏิบัติตามเงื่อนไข และ/หรือ ข้อตกลงในสัญญาแล้วเสร็จ

ทั้งนี้ ข้าพเจ้าประสงค์ให้ธนาคารใช้แบบหนังสือสัญญาค้ำประกัน ดังนี้

แบบฟอร์มหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร

แบบฟอร์มหนังสือสัญญาค้ำประกันที่แนบท้ายคำขอฉบับนี้ ซึ่งให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำขอฉบับนี้ด้วย

ซึ่งในการนี้ ข้าพเจ้าขอให้สัญญาไว้ต่อธนาคาร ดังนี้

ข้อ 1 ข้าพเจ้าตกลงชำระค่าธรรมเนียมในการออกหนังสือสัญญาค้ำประกันดังกล่าวข้างต้นให้แก่ธนาคารในอัตราที่ธนาคารกำหนด โดยข้าพเจ้าตกลงชำระค่าธรรมเนียมครั้งแรกให้แก่ธนาคารในวันที่ธนาคารออกหนังสือสัญญาค้ำประกันดังกล่าว โดยเป็นการชำระค่าธรรมเนียมล่วงหน้าสำหรับระยะเวลา _____ เดือนปี นับแต่วันที่ธนาคารออกหนังสือสัญญาค้ำประกันและภายหลังจากนั้นข้าพเจ้าตกลงชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าวให้แก่ธนาคารอีกเป็นคราว ๆ ตามแต่ธนาคารจะเรียกเก็บ ทั้งนี้ จนกว่าธนาคารจะได้รับต้นฉบับหนังสือสัญญาค้ำประกันคืน หรือได้รับหนังสือยืนยันจากผู้รับประกันว่าธนาคารหมดภาระผูกพันตามหนังสือสัญญาค้ำประกันแล้ว

ข้อ 2 ข้าพเจ้าตกลงและยอมรับว่า

2.1 ธนาคารมีสิทธิที่จะดำเนินการตามคำขอฉบับนี้อย่างหนึ่งอย่างใด หรือทุกอย่างหรือไม่ก็ได้ และหากธนาคารได้รับความเสียหายเนื่องจากการดำเนินการใด ๆ ตามคำขอฉบับนี้ หรือในกรณีที่ธนาคารได้ชำระเงิน เมื่อถูกเรียกร้องหรือถูกเรียกเก็บเงินตามแบบฟอร์มหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร แม้ว่าจะโดยไม่ได้แจ้งให้ข้าพเจ้าทราบ ข้าพเจ้ายินยอมชดเชยค่าเสียหายหรือเงินจำนวนดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารจนครบถ้วนทันทีที่ได้รับแจ้งจากธนาคารโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น

ทั้งนี้ หากธนาคารได้ออกหนังสือสัญญาค้ำประกันตามแบบฟอร์มหนังสือสัญญาค้ำประกันที่แนบท้ายคำขอฉบับนี้ซึ่งเป็นการประสงค์ของข้าพเจ้า ในกรณีที่ธนาคารได้ชำระเงิน เมื่อถูกเรียกร้องหรือถูกเรียกเก็บเงินตามหนังสือสัญญาค้ำประกันดังกล่าว ข้าพเจ้ายินยอมชดเชยเงินจำนวนดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารเช่นเดียวกับกรณีตามวรรคแรก

2.2 ธนาคารเป็นผู้ประกอบธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธนาคารจึงมีหน้าที่และความจำเป็นในการรักษาชื่อเสียง เพื่อให้เกิดความไว้วางใจในทางธุรกิจที่บุคคลทั่วไปจะมีต่อธนาคาร ดังนั้น ในกรณีที่ธนาคารถูกเรียกร้องให้ชำระเงินตามภาระที่ธนาคารมีอยู่ในหนังสือสัญญาค้ำประกันที่ธนาคารได้ออกให้ตามคำขอฉบับนี้ของข้าพเจ้าแล้ว ธนาคารจำเป็นต้องรักษาความน่าเชื่อถือของหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคาร โดยการจ่ายเงินไปตามที่ถูกเรียกร้องได้ทันที ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบก่อนหรือไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากข้าพเจ้าก่อน หรือแม้ว่าข้าพเจ้า และ/หรือ ลูกหนี้จะได้คัดค้านหรือโต้แย้งการจ่ายเงินของธนาคารดังกล่าวแล้วก็ตาม และหากธนาคารได้จ่ายเงินไปแทนข้าพเจ้า และ/หรือ ลูกหนี้จะได้คัดค้านหรือโต้แย้งการจ่ายเงินของธนาคารดังกล่าวแล้วก็ตาม และหากธนาคารได้จ่ายเงินไปแทนข้าพเจ้า และ/หรือ ลูกหนี้ โดยที่ไม่ยกข้อต่อสู้ของข้าพเจ้า และ/หรือ ลูกหนี้ และ/หรือ ธนาคารไม่ใช่สิทธิหรือไม่ยกข้อต่อสู้ของธนาคารในฐานะผู้ค้ำประกันตามกฎหมาย (หากมี) ซึ่งรวมถึงกรณีที่ธนาคารไม่ยกข้อต่อสู้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 686, 688, 689, 690 และ 699 และ/หรือ กรณีที่ธนาคารตกลงหรือให้ความยินยอมในการผ่อนเวลาหรือธนาคารไม่ยกข้อต่อสู้หรือปฏิเสธการชำระเงินในกรณีที่มีการผ่อนเวลาโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือความตกลงของธนาคารด้วย หรือในกรณีอื่นใดก็ตาม ข้าพเจ้าตกลงว่าจะไม่ยกเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นปฏิเสธความรับผิดชอบที่จะไม่ชดเชยเงินให้แก่ธนาคารด้วยประการใด ๆ ทั้งสิ้น รวมทั้งในกรณีที่ธนาคารได้จ่ายเงินอื่นใดให้แก่ผู้รับประกันตามเงื่อนไขที่ระบุในหนังสือสัญญาค้ำประกันดังกล่าวซึ่งเมื่อรวมกันแล้วอาจเกินกว่าวงเงินค้ำประกันที่ระบุไว้ในหนังสือสัญญาค้ำประกันและคำขอฉบับนี้ ข้าพเจ้าตกลงยินยอมรับผิดชอบใช้เงินดังกล่าวคืนให้แก่ธนาคารเต็มตามจำนวนเงินที่ธนาคารจ่ายไป โดยไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ ทั้งสิ้น

ข้อ 3 เมื่อครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกัน และหนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารได้สิ้นสุดลงแล้ว ข้าพเจ้าขอให้สัญญาว่า ข้าพเจ้าจะส่งต้นฉบับหนังสือสัญญาค้ำประกันคืนให้แก่ธนาคาร หรือนำหนังสือยืนยันจากผู้รับประโยชน์ให้เป็นที่ยอมรับแก่ธนาคารว่าธนาคารหมดภาระผูกพันตามหนังสือสัญญาค้ำประกันแล้ว มามอบให้แก่ธนาคาร ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกัน และ/หรือ วันที่หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารได้สิ้นสุดใช้บังคับ (แล้วแต่กรณี) หากข้าพเจ้าไม่สามารถคืนต้นฉบับหนังสือสัญญาค้ำประกัน หรือไม่สามารถนำหนังสือยืนยันจากผู้รับประโยชน์มามอบให้แก่ธนาคารภายในกำหนดเวลาดังกล่าวข้างต้น ข้าพเจ้าตกลงยินยอมเสียค่าธรรมเนียมรักษาความเสี่ยงของภาระค้ำประกันให้แก่ธนาคารในอัตราที่ธนาคารกำหนดต่อไปนับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาค้ำประกันดังกล่าว และ/หรือ วันที่หนังสือสัญญาค้ำประกันของธนาคารได้สิ้นสุดใช้บังคับ (แล้วแต่กรณี) จนกว่าธนาคารจะได้รับต้นฉบับหนังสือสัญญาค้ำประกันคืน หรือได้รับหนังสือยืนยันจากผู้รับประโยชน์ดังกล่าวข้างต้น

ข้อ 4 ในกรณีที่ข้าพเจ้าผิดนัดไม่ชำระค่าธรรมเนียม และ/หรือ ค่าใช้จ่ายในการค้ำประกันของธนาคาร และ/หรือ ไม่ชำระเงินที่ธนาคารต้องชำระไปเมื่อถูกเรียกร้องหรือเรียกเก็บตามภาระที่ได้กระทำไป และ/หรือ ไม่ชำระค่าเสียหาย และ/หรือ เงินจำนวนใด ๆ เนื่องจากการนี้อย่างใดดังกล่าวข้างต้น ข้าพเจ้าตกลงชดใช้เงินดังกล่าว พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราดอกเบี้ยสูงสุดกรณีผิดนัดชำระหนี้ สำหรับ

- เงินให้สินเชื่อเพื่อการประกอบธุรกิจ ประเภทลูกค้ำสินเชื่อทั่วไป
- เงินให้สินเชื่อเพื่อการประกอบธุรกิจ ประเภทลูกค้ำสินเชื่อเกษตรกร
- เงินให้สินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภค ประเภทลูกค้ำสินเชื่อส่วนบุคคลมีหลักประกัน
- เงินให้สินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภค ประเภทลูกค้ำสินเชื่อส่วนบุคคลไม่มีหลักประกัน

ที่ธนาคารประกาศกำหนด ซึ่งในขณะนี้เท่ากับร้อยละ _____ (_____) ต่อปี แต่ต่อไปอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามที่ธนาคารจะประกาศกำหนดเป็นคราว ๆ ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "อัตราสูงสุดผิดเงื่อนไข" ของจำนวนเงินดังกล่าว ทั้งนี้ นับแต่วันที่ธนาคารเรียกเก็บ หรือวันที่ธนาคารได้จ่ายเงินไป หรือวันที่ความเสียหายเกิดขึ้น (แล้วแต่กรณี) จนกว่าข้าพเจ้าจะชำระเงินดังกล่าวให้แก่ธนาคารจนเสร็จสิ้น

อนึ่ง ข้าพเจ้ายินยอมให้เป็นสิทธิของธนาคารที่จะใช้ดุลพินิจหักเงินจากบัญชีเงินฝากทุกประเภทที่ข้าพเจ้ามีอยู่กับธนาคาร หรือเงินอื่นใดก็ตามที่ข้าพเจ้ามีอยู่กับธนาคาร หรือที่ข้าพเจ้ามีสิทธิจะได้รับคืนจากธนาคาร รวมทั้งเงินที่ข้าพเจ้าเป็นเจ้าของหรือเป็นเจ้านั้นธนาคาร เพื่อชำระหนี้ดังกล่าวให้แก่ธนาคารทันที โดยไม่ต้องแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบ และในกรณีที่เงินในบัญชีดังกล่าว และ/หรือ เงินที่ข้าพเจ้ามีอยู่กับธนาคาร หรือเงินที่ข้าพเจ้ามีสิทธิจะได้รับคืนจากธนาคาร หรือเงินที่ข้าพเจ้าเป็นเจ้าของหรือเป็นเจ้านั้นธนาคาร ไม่มีให้หักหรือมีแต่ไม่พอให้หักชำระหนี้ได้ครบถ้วน ข้าพเจ้ายินยอมให้ธนาคารมีสิทธิใช้ดุลพินิจนำเงินตามจำนวนที่ข้าพเจ้าจะต้องรับผิดชอบดังกล่าว เพื่อให้ข้าพเจ้าเป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีต่อธนาคารต่อไป และข้าพเจ้ายินยอมเสียดอกเบี้ยทบต้นของจำนวนเงินที่เป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีให้แก่ธนาคารในอัตราที่กำหนดไว้ในใบคำขอเปิดบัญชีเดินสะพัด และ/หรือ สัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีที่ข้าพเจ้าทำไว้กับธนาคาร และตามประเด็นการคิดดอกเบี้ยในบัญชีเดินสะพัดของธนาคารพาณิชย์ด้วย นับแต่วันที่เงินนี้เบิกเงินเกินบัญชีเป็นต้นไป

ข้อ 5 นอกจากนี้ บรรดาค่าธรรมเนียม ค่าธรรมเนียม (นอกจากที่ระบุไว้ในคำขอฉบับนี้) ค่าภาษีอากร ค่าเบี้ยประกันภัย ค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการจดทะเบียนหลักประกัน การจำนอง จำน่า ค้ำประกัน การดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับหลักประกัน การมอบอำนาจ การประกันภัย การเตรียม การทำ การปฏิบัติตามคำขอฉบับนี้ หรือเอกสารนิติกรรม

สัญญาอื่นใดซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำคำขอฉบับนี้ รวมทั้งค่าบริการในการปรึกษากฎหมาย ตลอดจนค่าใช้จ่ายอื่นใด และ ค่าเสียหายต่าง ๆ อันเกิดขึ้นเนื่องจากการดำเนินการทั้งหลายตามที่ระบุไว้ในคำขอฉบับนี้ ข้าพเจ้าตกลงเป็นผู้รับผิดชอบ แต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งรวมถึงในกรณีที่ข้าพเจ้าตกเป็นผู้ผิดนัดผิดเงื่อนไขตามคำขอฉบับนี้ จนเป็นเหตุให้ธนาคารได้รับความเสียหาย และ/หรือ ต้องมีต้นทุน ค่าใช้จ่ายหรือต้องเสียเงินใด ๆ เพิ่มขึ้น เพราะการที่ต้องดำเนินการใด ๆ ตามกฎหมาย คำสั่ง ประกาศ ข้อกำหนด ของธนาคารแห่งประเทศไทยหรือหน่วยงานราชการใด ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งรวมทั้งแต่ไม่จำกัด เฉพาะการดำรงเงินกองทุน การดำรงเงินสดสำรอง การดำรงสินทรัพย์ สภาพคล่อง การสำรวจมูลค่าหลักประกัน เพื่อ คำนวณเงินสำรองสำหรับการจัดชั้นหนี้ของข้าพเจ้า ข้าพเจ้าตกลงยินยอมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหลายในบรรดาที่ ธนาคารจะพึงได้รับ และ/หรือ ชดเชยต้นทุน และ/หรือ ชำระค่าใช้จ่าย และ/หรือ เงินใด ๆ ตามจำนวนที่เพิ่มขึ้น และ/หรือ ตามจำนวนที่ธนาคารต้องเสียไป อันเนื่องจากการผิดนัดผิดเงื่อนไขของข้าพเจ้า รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการเตือน เรียกร้อง ทวงถาม ดำเนินคดี ค่าทนายความ ค่าฤชาธรรมเนียมในการดำเนินคดี ตลอดจนการบังคับคดี และการบังคับชำระหนี้ รวมทั้งการบังคับหลักประกัน หรือทรัพย์สินอื่นจนเต็มจำนวนทุกอย่างประการด้วย

ทั้งนี้ ข้าพเจ้าตกลงชำระค่าอากรแสตมป์ ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย หรือจำนวนเงินใด ๆ ดังกล่าวในวรรคก่อน ไม่ว่าจำนวนหนึ่งจำนวนใดให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือธนาคาร หรือบุคคลที่ธนาคารกำหนด (แล้วแต่กรณี) ทันที หรือ ภายในกำหนดเวลาที่หน่วยงานของรัฐเรียกเก็บ หรือที่ธนาคารหรือบุคคลที่ธนาคารกำหนดได้แจ้งให้ทราบเป็นหนังสือ (อนึ่ง ข้าพเจ้ายอมรับว่าจำนวนเงินที่ธนาคาร หรือบุคคลที่ธนาคารกำหนดได้แจ้งให้ทราบตามหนังสือดังกล่าวให้ถือเป็น จำนวนที่ถูกต้องสมบูรณ์ โดยข้าพเจ้าจะไม่ได้แย้งใด ๆ ทั้งสิ้น) โดยข้าพเจ้ายินยอมให้เป็นดุลพินิจของธนาคารที่จะ ดำเนินการตามความใน ข้อ 4 และ/หรือ ยินยอมให้ธนาคารมีสิทธิใช้ดุลพินิจทดลองจ่ายเงินดังกล่าวแทนข้าพเจ้าไปก่อน โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบล่วงหน้าและข้าพเจ้าตกลงชดใช้เงินตามจำนวนที่ธนาคารได้จ่ายไปก่อนนั้นคืนให้แก่ ธนาคารจนครบถ้วน พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดผิดเงื่อนไขนับแต่วันที่ธนาคารได้จ่ายเงินไปจนกว่าข้าพเจ้าจะชำระ เงินให้แก่ธนาคารเสร็จสิ้น

ข้อ 6 ข้าพเจ้ายอมรับว่า อัตราดอกเบี้ยที่กำหนดไว้ในคำขอฉบับนี้ เป็นอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารได้ประกาศ กำหนดภายใต้กฎหมาย ประกาศ และ/หรือ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ย ส่วนลด ค่าบริการ ต่าง ๆ และเบี้ยปรับสำหรับธนาคารพาณิชย์ของธนาคารแห่งประเทศไทย และหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง ที่ใช้บังคับอยู่ใน ขณะทำคำขอฉบับนี้

ดังนั้น หากต่อไปในภายหน้า มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมกฎหมาย ประกาศ และ/หรือ หลักเกณฑ์และ เงื่อนไขเกี่ยวกับการปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ย ส่วนลด ค่าบริการต่าง ๆ และเบี้ยปรับสำหรับธนาคารพาณิชย์ และ/หรือ มีการ แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมในเรื่องที่เกี่ยวข้องอื่นใด และ/หรือ ในกรณีที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมข้อที่ใช้ เรียกอัตราดอกเบี้ย หรือชื่อของประกาศ และ/หรือ หลักเกณฑ์ให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในคำขอฉบับนี้ รวมทั้งมีการ แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมรูปแบบ และวิธีการในการเรียกเก็บดอกเบี้ยของธนาคารให้สอดคล้องกับกฎหมาย ประกาศ หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมดังกล่าว หรือตามที่ธนาคารจะพิจารณาเห็นสมควร กำหนดตามความเหมาะสม ข้าพเจ้าตกลงให้ความยินยอมกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมดังกล่าว และให้ถือว่าการ แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมนั้นมีผลใช้บังคับได้ โดยไม่ต้องแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบล่วงหน้าแต่อย่างใด ทั้งนี้ ข้าพเจ้า

ตกลงชำระดอกเบี้ย รวมทั้งปฏิบัติตามกฎหมาย ประกาศ หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติม
นั้นทุกประการ

นอกจากนี้ ในกรณีที่ไม่มีการประกาศกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่กำหนดไว้ในคำขอฉบับนี้ (ไม่ว่าอัตราได้อัตรา
หนึ่ง หรือทุกอัตราก็ตาม) หรือไม่มีอัตราดอกเบี้ยที่จะใช้ในการคิดคำนวณดอกเบี้ยตามข้อกำหนดและเงื่อนไขของคำขอ
ฉบับนี้ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใด ๆ ก็ตาม ข้าพเจ้าตกลงยินยอมให้ธนาคารใช้ดอกเบี้ยที่มีลักษณะเดียวกันหรือมีลักษณะ
ใกล้เคียงกันตามที่ธนาคารประกาศกำหนดในขณะนั้น ๆ โดยข้าพเจ้าจะไม่ได้แย้งคัดค้านและไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าว
ทำให้ข้าพเจ้าได้รับความเสียหายหรือขาดประโยชน์แต่อย่างใด รวมทั้งขอสงวนสิทธิ์ที่จะเรียกค่าเสียหายหรือค่าขาย
ประโยชน์ใด ๆ จากธนาคารด้วย

ข้อ 7 บรรดาหลักฐาน เอกสาร หนังสือ และ/หรือสัญญาใด ๆ ที่แนบท้ายคำขอฉบับนี้ และ/หรือ ที่เกี่ยวข้องกับ
คำขอฉบับนี้ และ/หรือ ที่ข้าพเจ้าทำให้ไว้แก่ธนาคารเพื่อเป็นการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ และ/หรือ เงื่อนไขของคำขอฉบับ
นี้ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำขอฉบับนี้ด้วย

ข้อ 8 เพื่อเป็นประกันความเสียหายในการนี้ ข้าพเจ้าได้มอบหลักประกันดังกล่าวต่อไปไว้ให้แก่ธนาคารเพื่อ
เป็นหลักประกันด้วยแล้ว

8.1 _____

8.2 _____

8.3 _____

ข้อ 9 เป็นที่ทราบดีแล้วว่า ในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่ข้าพเจ้า (ไม่ว่าจะเป็นวงเงินใด หรือประเภทใด และไม่
ว่าจะเป็นครั้งใดคราวใด หรือจำนวนเท่าใดก็ตาม) นั้น ธนาคารมีสิทธิที่จะทบทวนหรือเปลี่ยนแปลงวงเงินสินเชื่อ และ/หรือ
เงื่อนไขต่าง ๆ ได้ตามความจำเป็น รวมถึงการยกเลิก และ/หรือ ระงับการให้สินเชื่อ โดยไม่ต้องแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบ ทั้งนี้
เว้นแต่จะมีสัญญาระหว่างกันอย่างชัดเจนที่แสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

ข้าพเจ้าได้ทราบข้อความในคำขอฉบับนี้เป็นอย่างดีแล้ว เห็นว่าตรงกับความจริงได้ลงลายมือชื่อและ
ประทับตรา (หากมี) ไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยาน ณ วัน เดือน ปี ที่ระบุข้างต้น

ลายมือชื่อ _____ ผู้ขอคำประกันและผู้ให้สัญญา

ลายมือชื่อ _____ พยาน

()

ลายมือชื่อ _____ พยาน

()

ภาคผนวก ค

ตัวอย่าง หนังสือคำประกัน



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



PERFORMANCE BOND

Ref. No. _____ Dated _____

Dear Sirs,

In accordance with the provision of _____ dated _____
 contract for project _____ (hereinafter referred to as "the Contract"), for the purpose of creating the underlying obligation and the type of the underlying obligation in accordance with the terms and conditions of the Contract with the availability period as specified in the Contract (hereinafter referred to as "the Availability Period"), the contents of which have been noted that _____ (hereinafter referred to as "the Company") has to deposit with you, _____, a performance security for proper and faithful performance of the Contract in the amount of _____ (_____), we, **KASIKORNBANK Public Company Limited**, having our registered office at No. 1 Soi Ratburana 27/1, Ratburana Road, Khwaeng Ratburana, Khet Ratburana, Bangkok 10140, Thailand, hereby undertake to pay you as the primary obligor up to the above amount, upon receipt of your first written demand stating that the Company has failed to fulfill its obligation expressed in the Contract resulting in the damage to you, the obligation which has not been fulfilled, the date which the Company has failed to fulfill its obligation, and the claimed amount.

We further agree that no extension of time, change in, addition to or other modification of the terms of the Contract or any act to be performed thereunder, or of the specifications which may be made between you and the Company shall in any way release us from any liability hereunder, and we shall thereby waive notice of any such extension of time, change, addition or modification.

This guarantee shall be valid for any debts or damages incurred by the Company during the Availability Period with the guaranteed period from _____ until _____ we receive your written notification to release us from entire liability hereunder.

This guarantee shall be governed and construed in accordance with the laws of Thailand.

In witness whereof, this guarantee has been duly executed as of the date above written.

KASIKORNBANK Public Company Limited

()

Authorized Signature(s)

Witness

()

Witness

()



ADVANCE PAYMENT BOND

Ref. No. _____ Dated _____

Dear Sirs,

In accordance with the provision of _____ dated _____
 contract for project _____ (hereinafter referred to as "the Contract"), for the purpose of creating the underlying obligation and the type of the underlying obligation in accordance with the terms and conditions of the Contract with the availability period as specified in the Contract (hereinafter referred to as "the Availability Period"), the contents of which have been noted that _____ (hereinafter referred to as "the Company") has to deposit with you, _____, an advance payment security for proper and faithful performance of the Contract in the amount of _____ (_____), which is _____ (_____) per cent of the total Contract price, we, **KASIKORNBANK Public Company Limited**, having our registered office at No. 1 Soi Ratburana 27/1, Ratburana Road, Khwaeng Ratburana, Khet Ratburana, Bangkok 10140, Thailand, hereby undertake to pay you as the primary obligor up to the above amount, upon receipt of your first written demand stating that the Company has failed to fulfill its obligation expressed in the Contract resulting in the damage to you, the obligation which has not been fulfilled, the date which the Company has failed to fulfill its obligation, and the claimed amount.

We further agree that no extension of time, change in, addition to or other modification of the terms of the Contract or any act to be performed thereunder, or of the specifications which may be made between you and the Company shall in any way release us from any liability hereunder, and we shall thereby waive notice of any such extension of time, change, addition or modification.

This guarantee shall be valid for any debts or damages incurred by the Company during the Availability Period with the guaranteed period from _____ until _____ we receive your written notification to release us from entire liability hereunder.

This guarantee shall be governed and construed in accordance with the laws of Thailand.

In witness whereof, this guarantee has been duly executed as of the date above written.

KASIKORNBANK Public Company Limited

(_____)

Authorized Signature(s)

Witness

(_____)

Witness

(_____)



WARRANTY BOND

Ref. No. _____ Dated _____

Dear Sirs,

In accordance with the provision of _____ dated _____
 contract for project _____ (hereinafter referred to as "the Contract"), for the purpose of creating the underlying obligation and the type of the underlying obligation in accordance with the terms and conditions of the Contract with the availability period as specified in the Contract (hereinafter referred to as "the Availability Period"), the contents of which have been noted that _____ (hereinafter referred to as "the Company") has to deposit with you, _____, a warranty security for proper and faithful performance of the Contract in the amount of _____), we, **KASIKORNBANK Public Company Limited**, having our registered office at No. 1 Soi Ratburana 27/1, Ratburana Road, Khwaeng Ratburana, Khet Ratburana, Bangkok 10140, Thailand, hereby undertake to pay you as the primary obligor up to the above amount, upon receipt of your first written demand stating that the Company has failed to fulfill its obligation expressed in the Contract resulting in the damage to you, the obligation which has not been fulfilled, the date which the Company has failed to fulfill its obligation, and the claimed amount.

We further agree that no extension of time, change in, addition to or other modification of the terms of the Contract or any act to be performed thereunder, or of the specifications which may be made between you and the Company shall in any way release us from any liability hereunder, and we shall thereby waive notice of any such extension of time, change, addition or modification.

This guarantee shall be valid for any debts or damages incurred by the Company during the Availability Period with the guaranteed period from _____ until _____ we receive your written notification to release us from entire liability hereunder.

This guarantee shall be governed and construed in accordance with the laws of Thailand.

In witness whereof, this guarantee has been duly executed as of the date above written.

KASIKORNBANK Public Company Limited

()

Authorized Signature(s)

Witness

()

Witness

()



RETENTION BOND

Ref. No. _____ Dated _____

Dear Sirs,

In accordance with the provision of _____ dated _____
 contract for project _____ (hereinafter referred to as "the Contract"), for the purpose of creating the underlying obligation and the type of the underlying obligation in accordance with the terms and conditions of the Contract with the availability period as specified in the Contract (hereinafter referred to as "the Availability Period"), a certain percentage shall be retained by you, _____, from each payment due to _____ (hereinafter referred to as "the Company"). In consideration of the amounts retained by you from the Company's payment in the amount of _____ (_____), we, **KASIKORNBANK Public Company Limited**, having our registered office at No. 1 Soi Ratburana 27/1, Ratburana Road, Khwaeng Ratburana, Khet Ratburana, Bangkok 10140, Thailand, hereby undertake to pay you as the primary obligor up to the above amount, upon receipt of your first written demand stating that the Company has failed to fulfill its obligation expressed in the Contract resulting in the damage to you, the obligation which has not been fulfilled, the date which the Company has failed to fulfill its obligation, and the claimed amount.

We further agree that no extension of time, change in, addition to or other modification of the terms of the Contract or any act to be performed thereunder, or of the specifications which may be made between you and the Company shall in any way release us from any liability hereunder, and we shall thereby waive notice of any such extension of time, change, addition or modification.

This guarantee shall be valid for any debts or damages incurred by the Company during the Availability Period with the guaranteed period from _____ until _____ we receive your written notification to release us from entire liability hereunder.

This guarantee shall be governed and construed in accordance with the laws of Thailand.

In witness whereof, this guarantee has been duly executed as of the date above written.

KASIKORNBANK Public Company Limited

(_____)

Authorized Signature(s)

_____ Witness

(_____)

_____ Witness

(_____)

Performance Security

(Bank Guarantee)

[The bank, as requested by the successful Bidder, shall fill in this form in accordance with the instructions indicated]

[Guarantor letterhead or SWIFT identifier code]

Beneficiary: *[insert name and Address of Purchaser]*

Date: *[Insert date of issue]*

PERFORMANCE GUARANTEE No.: *[Insert guarantee reference number]*

Guarantor: *[Insert name and address of place of issue, unless indicated in the letterhead]*

We have been informed that *[insert name of Supplier, which in the case of a joint venture shall be the name of the joint venture]* (hereinafter called "the Applicant") has entered into Contract No. *[insert name of contract and brief description of Goods and related Services]*(hereinafter called "the Contract").

Furthermore, we understand that, according to the conditions of the Contract, a performance guarantee is required.

At the request of the Applicant, we as Guarantor, hereby irrevocably undertake to pay the Beneficiary any sum or sums not exceeding in total an amount of *[insert amount in figures]* () *[insert amount in words]*, such sum being payable in the types and proportions of currencies in which the Contract Price is payable, upon receipt by us of the Beneficiary's complying demand supported by the Beneficiary's statement, whether in the demand itself or in a separate signed document accompanying or identifying the demand, stating that the Applicant is in breach of its obligation(s) under the Contract, without the Beneficiary needing to prove or to show grounds for your demand or the sum specified therein.

This guarantee shall expire, no later than the ...Day of ... 2..., and any demand for payment under it must be received by us at this office indicated above on or before that date.

This guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) 2010 Revision, ICC Publication No.758, except that the supporting statement under Article 15(a) is hereby excluded.

[signature(s)]

Note: All italicized text (including footnotes) is for use in preparing this form and shall be deleted from the final product.

PERFORMANCE BOND

Dear Sirs,

With reference to the Supply Contract for [Item Description] of (the "Contract") between [Supplier's Name] having its registered office at [Supplier's Address] (hereinafter called as "Supplier") and

having its registered office at (

) for the supply of equipment and services as

stated in the Contract, we hereby issue this irrevocable Performance Bond No. _____ in

your favor for account of the Supplier up to an aggregate amount of [Guarantee Amount] (Say

) equivalent to ten (10) percent of the total Contract Price as a security of its

faithful performance in accordance with the terms of the Contract.

We hereby irrevocably and unconditionally undertake to pay to you without any contestation a sum not exceeding [Guarantee Amount] (Say) against any loss or damage caused to or suffered by you by reason of any breach of terms of the Contract.

The amount of this Guarantee shall be paid to you upon your first written demand certifying that the Supplier has failed to fulfill its obligations under the Contract.

This guarantee shall be valid until [the date of Provisional Acceptance].

Consequently, all claims hereunder shall be submitted to us on or before (or not later than) the aforementioned expiry date, after which date this Guarantee shall be null and void automatically, unless otherwise extended

This Guarantee shall be returned to us immediately after expiration.

WARRANTY BOND

Dear Sirs,

With reference to the Supply Contract for [Item Description] of (the "Contract") between [Supplier's Name] having its registered office at [Supplier's Address] (hereinafter called as "Supplier") and

having its registered office at

for the supply of equipment and services as stated in the Contract, we hereby issue this irrevocable Warranty Bond No. _____ in your favor for account of the Supplier up to an aggregate amount of [Guarantee Amount] (Say _____)

equivalent to ten (10) percent of the total Contract Price as a security of its faithful performance of warranty obligations in accordance with the terms of the Contract.

We hereby irrevocably and unconditionally undertake to pay to you without any contestation a sum not exceeding [Guarantee Amount] (Say _____) against any loss or damage caused to or suffered by you by reason of any breach of terms of the Contract.

The amount of this Guarantee shall be paid to you upon your first written demand certifying that the Supplier has failed to fulfill its obligations under the Contract.

This guarantee shall be valid until [The Defect Liability Period].

Consequently, all claims hereunder shall be submitted to us on or before (or not later than) the aforementioned expiry date, after which date this Guarantee shall be null and void automatically, unless otherwise extended.

This Guarantee shall be returned to us immediately after expiration.

Advance Payment Security

[Guarantor letterhead or SWIFT identifier code]

Beneficiary: [Insert name and Address of Purchaser]

Date: [Insert date of issue]

ADVANCE PAYMENT GUARANTEE No.: [Insert guarantee reference number]

Guarantor: [Insert name and address of place of issue, unless indicated in the letterhead]

We have been informed that [insert name of Supplier, which in the case of a joint venture shall be the name of the joint venture] (hereinafter called "the Applicant") has entered into Contract No. [insert reference number of the contract] dated [insert date] with the Beneficiary, for the execution of [insert name of contract and brief description of Goods and related Services] (hereinafter called "the Contract").

Furthermore, we understand that, according to the conditions of the Contract, an advance payment in the sum [insert amount in figures] () [insert amount in words] is to be made against an advance payment guarantee.

At the request of the Applicant, we as Guarantor, hereby irrevocably undertake to pay the Beneficiary any sum or sums not exceeding in total an amount of [insert amount in figures] () [insert amount in words] upon receipt by us of the Beneficiary's complying demand supported by the Beneficiary's statement, whether in the demand itself or in a separate signed document accompanying or identifying the demand, stating either that the Applicant:

- (a) has used the advance payment for purposes other than toward delivery of Goods;
- or
- (b) has failed to repay the advance payment in accordance with the Contract conditions, specifying the amount which the Applicant has failed to repay.

A demand under this guarantee may be presented as from the presentation to the Guarantor of a certificate from the Beneficiary's bank stating that the advance payment referred to above has been credited to the Applicant on its account number [insert number] at [insert name and address of Applicant's bank].


The maximum amount of this guarantee shall be progressively reduced by the amount of the advance payment repaid by the Applicant as specified in copies of interim statements or payment certificates which shall be presented to us. This guarantee shall expire, at the latest, upon our receipt of a copy of the interim payment certificate indicating that ninety (90) percent of the Accepted Contract Amount, has been certified for payment, or on the *[insert day]* day of *[insert month]*, 2 *[insert year]*, whichever is earlier. Consequently, any demand for payment under this guarantee must be received by us at this office on or before that date.

This guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) 2010 Revision, ICC Publication No.758, except that the supporting statement under Article 15(a) is hereby excluded.

[signature(s)]

Note: All italicized text (including footnotes) is for use in preparing this form and shall be deleted from the final product.





ภาคผนวก ง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 11 คำประกัน (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2558)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2558

ลักษณะ 11
ค้ำประกัน

หมวด 1
บทเปิดเสร็จทั่วไป

มาตรา 680 อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

อนึ่ง สัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

มาตรา 681 อันค้ำประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์

หนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้ แต่ต้องระบุดำเนินการก่อนที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงิน สูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อนที่ค้ำประกัน เว้นแต่เป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวตามมาตรา 699 จะไม่ระบุระยะเวลาดังกล่าวก็ได้

สัญญาค้ำประกันต้องระบุหนี้หรือสัญญาที่ค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้งและผู้ค้ำประกันย่อมรับผิดชอบเฉพาะหนี้หรือสัญญาที่ระบุไว้เท่านั้น

หนี้อันเกิดแต่สัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้เพราะทำด้วยความสำคัญผิดหรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถนั้น ก็อาจจะมีประกันอย่างสมบูรณ์ได้ ถ้าหากว่าผู้ค้ำประกันรู้เหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถนั้นในขณะที่เข้าทำสัญญาผูกพันตน

* ความเดิมถูกยกเลิกและให้ใช้ความที่พิมพ์ไว้แทน โดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557

มาตรา 681/1 ข้อตกลงใดที่กำหนดให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ

ความในวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับแก่กรณีผู้ค้าประกันซึ่งเป็นนิติบุคคลและยินยอมเข้าผูกพันตนเพื่อรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม ในกรณีเช่นนั้นผู้ค้าประกันซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้นย่อมไม่มีสิทธิตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 688 มาตรา 689 และมาตรา 690^{**}

มาตรา 682 ท่านว่าบุคคลจะยอมเข้าเป็นผู้รับเงื่อนไข คือเป็นประกันของผู้ค้าประกันอีกชั้นหนึ่ง ก็เป็นได้

ถ้าบุคคลหลายคนยอมตนเข้าเป็นผู้ค้าประกันในหนี้รายเดียวกันไซ้ ท่านว่าผู้ค้าประกันเหล่านั้นมีความรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกัน แม้ถึงว่าจะมิได้เข้ารับค้าประกันรวมกัน

มาตรา 683 อันค้าประกันอย่างไม่มีจำกัณฑ์นั้นย่อมคุ้มถึงดอกเบียและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้นด้วย

มาตรา 684 ผู้ค้าประกันย่อมรับผิดชอบเพื่อค่าฤชาธรรมเนียมความซึ่งลูกหนี้จะต้องใช้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่ถ้าโจทก์ฟ้องคดีโดยมิได้เรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ก่อนไซ้ ท่านว่าผู้ค้าประกันหาต้องรับผิดชอบเพื่อใช้ค่าฤชาธรรมเนียมเช่นนั้นไม่

มาตรา 685 ถ้าเมื่อบังคับตามสัญญาผู้ค้าประกันนั้น ผู้ค้าประกันไม่ชำระหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้รวมทั้งดอกเบีย ค่าสินไหมทดแทน และอุปกรณ์ด้วยไซ้ หนี้ยังเหลืออยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ยังคงรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ในส่วนที่เหลือนั้น

^{*} มาตรา 681/1 เพิ่มเติมโดยมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557

^{**} มาตรา 681/1 วรรคสอง เพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558

มาตรา 685/1 บรรดาข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าประกันที่แตกต่างไปจากมาตรา 681 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาตรา 686 มาตรา 694 มาตรา 698 และมาตรา 699 เป็นโมฆะ

หมวด 2 ผลก่อนชำระหนี้

มาตรา 686 เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ให้เจ้าหนี้นี้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ค้ำประกันภายในหกสิบ วันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด และไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดเจ้าหนี้นี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ก่อนที่หนังสือบอกกล่าวจะไปถึงผู้ค้ำประกันมิได้ แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ค้ำประกันที่จะชำระหนี้เมื่อหนี้ถึง กำหนดชำระ

ในกรณีที่เจ้าหนี้นี้ได้มีหนังสือบอกกล่าวภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้ค้ำประกัน หลุดพ้นจากความรับผิดในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปสรรค แห่งหนี้รายนั้นบรรดาที่เกิดขึ้นภายหลังจากพ้นกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง

เมื่อเจ้าหนี้นี้มีสิทธิเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้หรือผู้ค้ำประกันมีสิทธิชำระหนี้ได้ตามวรรคหนึ่ง ผู้ค้ำประกันอาจชำระหนี้ทั้งหมดหรือใช้สิทธิชำระหนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ มีอยู่กับเจ้าหนี้นี้ก่อนการผิดนัดชำระหนี้ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ตนต้องรับผิดก็ได้ และให้นำความใน มาตรา 701 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในระหว่างที่ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามวรรค สาม เจ้าหนี้นี้จะเรียกดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นเพราะเหตุที่ลูกหนี้ผิดนัดในระหว่างนั้นมีได้

การชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันตามมาตรา 686 นี้ ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้ค้ำประกันตาม มาตรา 693

มาตรา 687 ผู้ค้ำประกันไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ก่อนถึงเวลายกกำหนดที่จะชำระ แม้ถึงว่าลูกหนี้จะ ไม่อาจถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเวลาสุดสิ้นได้ต่อไปแล้ว

¹ ความเดิมถูกยกเลิกและให้ใช้ความที่พิมพ์ไว้แทน โดยมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558

² ความเดิมถูกยกเลิกและให้ใช้ความที่พิมพ์ไว้แทน โดยมาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557

มาตรา 688 เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันจะขอให้เรียกลูกหนี้ชำระก่อนก็ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายเสียแล้ว หรือไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขต

มาตรา 689 ถึงแม้จะได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ดังกล่าวมาในมาตราก่อนนั้นแล้วก็ตาม ถ้าผู้ค้ำประกันพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้มีหนี้ทางที่จะชำระหนี้ได้ และการที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้จะไม่ใช่เป็นการยากไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องบังคับการชำระหนี้รายนั้นเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน

มาตรา 690 ถ้าเจ้าหนี้มีทรัพย์สินของลูกหนี้ยึดถือไว้เป็นประกันไซ้ เมื่อผู้ค้ำประกันร้องขอ ท่านว่าเจ้าหนี้จะต้องให้ชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินซึ่งเป็นประกันนั้นก่อน

มาตรา 691 ในกรณีที่เจ้าหนี้ตกลงกับลูกหนี้ อันมีผลเป็นการลดจำนวนหนี้ที่มีการค้ำประกัน รวมทั้งดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น ให้เจ้าหนี้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ค้ำประกันทราบถึงข้อตกลงดังกล่าวภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ตกลงกันนั้น ถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ตามที่ได้ลดแล้วก็ดี ลูกหนี้ชำระหนี้ตามที่ได้ลดไม่ครบถ้วนแต่ผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ส่วนที่เหลือนั้นแล้วก็ดี หรือลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามที่ได้ลดแต่ผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ตามที่ได้ลดนั้นแล้วก็ดี ให้ผู้ค้ำประกันเป็นอันหลุดพ้นจากการค้ำประกัน ในการชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันดังกล่าว ผู้ค้ำประกันมีสิทธิชำระหนี้ได้ แม้จะล่วงเลยกำหนดเวลาชำระหนี้ตามที่ได้ลดแต่ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาชำระหนี้ดังกล่าว ในกรณีที่เจ้าหนี้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ค้ำประกันทราบถึงข้อตกลงดังกล่าวเมื่อล่วงเลยกำหนดเวลาชำระหนี้ตามที่ได้ลดแล้ว ให้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิชำระหนี้ได้ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่เจ้าหนี้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ค้ำประกันทราบถึงข้อตกลงนั้น ทั้งนี้ ข้อตกลงที่ทำขึ้นภายหลังที่ลูกหนี้มีค้ำประกันชำระหนี้แล้ว หากในข้อตกลงนั้น มีการขยายเวลาชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ มิให้ถือว่าเป็นการผ่อนเวลาตามมาตรา 700

ข้อตกลงใดที่มีผลเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้ค้ำประกันให้มากกว่าที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

¹ ความเดิมในมาตรา 691 วรรคหนึ่ง ถูกยกเลิกและให้ใช้ความที่พิมพ์ไว้แทน โดยมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558

² ความเดิมในมาตรา 691 ถูกยกเลิกและให้ใช้ความที่พิมพ์ไว้แทน โดยมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557

มาตรา 692 อายุความสะดุดหยุดลงเป็นโทษแก่ลูกหนี้นั้น ย่อมเป็นโทษแก่ผู้ค้ำประกันด้วย

หมวด 3 ผลภายหลังชำระหนี้

มาตรา 693 ผู้ค้ำประกันซึ่งได้ชำระหนี้แล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะไล่เบียดเอาจากลูกหนี้เพื่อคืนเงินกับดอกเบี้ยและเพื่อการที่ต้องสูญหายหรือเสียหายไปอย่างใด ๆ เพราะการค้ำประกันนั้น
อนึ่ง ผู้ค้ำประกันย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้บรรดามีเหนือลูกหนี้ด้วย

มาตรา 694 นอกจากข้อต่อสู้ซึ่งผู้ค้ำประกันมีต่อเจ้าหนี้นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลายซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย

มาตรา 695 ผู้ค้ำประกันซึ่งละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้นั้น ท่านว่าย่อมสิ้นสิทธิที่จะไล่เบียดเอาแก่ลูกหนี้เพียงเท่าที่ไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นนั้น และที่ไม่รู้เช่นนั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของตนด้วย

มาตรา 696 ผู้ค้ำประกันไม่มีสิทธิจะไล่เบียดเอาแก่ลูกหนี้ได้ ถ้าว่าตนได้ชำระหนี้แทนไปโดยมิได้บอกลูกหนี้ และลูกหนี้ยังมีความมาชำระหนี้ซ้ำอีก

ในกรณีเช่นว่านี้ ผู้ค้ำประกันก็ได้แต่เพียงจะฟ้องเจ้าหนี้เพื่อคืนลาภมิควรได้เท่านั้น

มาตรา 697 ถ้าเพราะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้เอง เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันไม่อาจเข้ารับช่วงได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในสิทธิก็ดี จำนองก็ดี จำนากก็ดี และบุริมสิทธิอันได้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้แต่ก่อนหรือในขณะที่ทำสัญญาค้ำประกันเพื่อชำระหนี้นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดเพียงเท่าที่ตนต้องเสียหายเพราะการนั้น

หมวด 4 ความระงับสิ้นไปแห่งการค้ำประกัน

มาตรา 698 อันผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดในขณะเมื่อหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ

มาตรา 699 การค้าประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวไม่มีจำกัดเวลาเป็นคุณแก่เจ้าหนี้ นั้น ท่านว่าผู้ค้าประกันอาจเลิกเสียเพื่อคราวอันเป็นอนาคตได้ โดยบอกกล่าวความประสงค์นั้นแก่เจ้าหนี้

ในกรณีเช่นนี้ ท่านว่าผู้ค้าประกันไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการที่ลูกหนี้กระทำลงภายหลังคำบอกกล่าวนั้นได้ไปถึงเจ้าหนี้

มาตรา 700 ถ้าการค้าประกันหนึ่งอันจะต้องชำระ ณ เวลาที่กำหนดแน่นอนและเจ้าหนี้อยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ ผู้ค้าประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด เว้นแต่ผู้ค้าประกันจะได้ตกลงด้วยในการผ่อนเวลานั้น

ข้อตกลงที่ผู้ค้าประกันทำไว้ล่วงหน้าก่อนเจ้าหนี้อ่อนเวลาอันมีผลเป็นการยินยอมให้เจ้าหนี้อ่อนเวลา ข้อตกลงนั้นใช้บังคับมิได้

ความในวรรคสอง มิให้ใช้บังคับแก่กรณีผู้ค้าประกันซึ่งเป็นสถาบันการเงินหรือการค้าประกันเพื่อสินจ้างเป็นปกติธุระ^{*}

มาตรา 701 ผู้ค้าประกันจะขอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตั้งแต่เมื่อถึงกำหนดชำระก็ได้ ถ้าเจ้าหนี้อยอมรับชำระหนี้ ผู้ค้าประกันก็เป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิด

^{*} ความเดิมถูกยกเลิกและให้ใช้ความที่พิมพ์ไว้แทน โดยมาตรา 8 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557

^{**} มาตรา 700 วรรคสาม เพิ่มเติมโดยมาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558

ภาคผนวก จ

Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 785)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758)

Article 1 Application of URDG

a. The Uniform Rules for Demand Guarantees ("URDG") apply to any demand guarantee or counter-guarantee that expressly indicates it is subject to them. They are binding on all parties to the demand guarantee or counter-guarantee except so far as the demand guarantee or counter-guarantee modifies or excludes them.

b. Where, at the request of a counter-guarantor, a demand guarantee is issued subject to the URDG, the counter-guarantee shall also be subject to the URDG, unless the counter-guarantee excludes the URDG. However, a demand guarantee does not become subject to the URDG merely because the counter-guarantee is subject to the URDG.

c. Where, at the request or with the agreement of the instructing party, a demand guarantee or counter-guarantee is issued subject to the URDG, the instructing party is deemed to have accepted the rights and obligations expressly ascribed to it in these rules.

d. Where a demand guarantee or counter-guarantee issued on or after 1 July 2010 states that it is subject to the URDG without stating whether the 1992 version or the 2010 revision is to apply or indicating the publication number, the demand guarantee or counter-guarantee shall be subject to the URDG 2010 revision.

Article 2 Definitions

In these rules:

advising party means the party that advises the guarantee at the request of the guarantor;

applicant means the party indicated in the guarantee as having its obligation under the underlying relationship supported by the guarantee. The applicant may or may not be the instructing party;

application means the request for the issue of the guarantee;

authenticated, when applied to an electronic document, means that the party to whom that document is presented is able to verify the apparent identity of the sender and whether the data received have remained complete and unaltered;

beneficiary means the party in whose favor a guarantee is issued;

business day means a day on which the place of business where an act of a kind subject to these rules is to be performed is regularly open for the performance of such an act;

charges mean any commissions, fees, costs or expenses due to any party acting under a guarantee governed by these rules;

complying demand means a demand that meets the requirements of a complying presentation;

complying presentation under a guarantee means a presentation that is in accordance with, first, the terms and conditions of that guarantee, second, these rules so far as consistent with those terms and conditions and, third, in the absence of a relevant provision in the guarantee or these rules, international standard demand guarantee practice;

counter-guarantee means any signed undertaking, however named or described, that is given by the counter-guarantor to another party to procure the issue by that other party of a guarantee or another counter-guarantee, and that provides for payment upon the presentation of a complying demand under the counter-guarantee issued in favor of that party;

counter-guarantor means the party issuing a counter-guarantee, whether in favor of a guarantor or another counter-guarantor, and includes a party acting for its own account;

demand means a signed document by the beneficiary demanding payment under a guarantee;

demand guarantee or **guarantee** means any signed undertaking, however named or described, providing for payment on presentation of a complying demand;

document means a signed or unsigned record of information, in paper or in electronic form, that is capable of being reproduced in tangible form by the person to whom it is presented. In these rules, a document includes a demand and a supporting statement;

expiry means the expiry date or the expiry event or, if both are specified, the earlier of the two;

expiry date means the date specified in the guarantee on or before which a presentation may be made;

expiry event means an event which under the terms of the guarantee results in its expiry, whether immediately or within a specified time after the event occurs, for which purpose the event is deemed to occur only:

a. when a document specified in the guarantee as indicating the occurrence of the event is presented to the guarantor, or

b. if no such document is specified in the guarantee, when the occurrence of the event becomes determinable from the guarantor's own records.

guarantee, see **demand guarantee**;

guarantor means the party issuing a guarantee, and includes a party acting for its own account;

guarantor's own records means records of the guarantor showing amounts credited to or debited from accounts held with the guarantor, provided the record of those credits or debits enables the guarantor to identify the guarantee to which they relate;

instructing party means the party, other than the counter-guarantor, who gives instructions to issue a guarantee or counter-guarantee and is responsible for indemnifying the guarantor or, in the case of a counter-guarantee, the counter-guarantor. The instructing party may or may not be the applicant;

presentation means the delivery of a document under a guarantee to the guarantor or the document so delivered. It includes a presentation other than for a demand, for example, a presentation for the purpose of triggering the expiry of the guarantee or a variation of its amount;

presenter means a person who makes a presentation as or on behalf of the beneficiary or the applicant, as the case may be;

signed, when applied to a document, a guarantee or a counter-guarantee, means that an original of the same is signed by or on behalf of its issuer, whether by an electronic signature that can be authenticated by the party to whom that document, guarantee or counter-guarantee is presented or by handwriting, facsimile signature, perforated signature, stamp, symbol or other mechanical method.

supporting statement means the statement referred to in either article 15 (a) or article 15 (b);

underlying relationship means the contract, tender conditions or other relationship between the applicant and the beneficiary on which the guarantee is based.

Article 3 Interpretation

In these rules:

- a. Branches of a guarantor in different countries are considered to be separate entities.
- b. Except where the context otherwise requires, a guarantee includes a counter-guarantee and any amendment to either, a guarantor includes a counter-guarantor, and a beneficiary includes the party in whose favor a counter-guarantee is issued.
- c. Any requirement for presentation of one or more originals or copies of an electronic document is satisfied by the presentation of one electronic document.
- d. When used with a date or dates to determine the start, end or duration of any period, the terms:
 - i. "from", "to", "until", "till" and "between", include; and
 - ii. "before" and "after" exclude, the date or dates mentioned.

e. The term "within", when used in connection with a period after a given date or event, excludes that date or the date of that event but includes the last date of that period.

f. Terms such as "first class", "well-known", "qualified", "independent", "official", "competent" or "local" when used to describe the issuer of a document allow any issuer except the beneficiary or the applicant to issue that document.

Article 4 Issue and effectiveness

a. A guarantee is issued when it leaves the control of the guarantor.

b. A guarantee is irrevocable on issue even if it does not state this.

c. The beneficiary may present a demand from the time of issue of the guarantee or such later time or event as the guarantee provides.

Article 5 Independence of guarantee and counter-guarantee

a. A guarantee is by its nature independent of the underlying relationship and the application, and the guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the guarantee. The undertaking of a guarantor to pay under the guarantee is not subject to claims or defenses arising from any relationship other than a relationship between the guarantor and the beneficiary.

b. A counter-guarantee is by its nature independent of the guarantee, the underlying relationship, the application and any other counter-guarantee to which it relates, and the counter-guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the counter-guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the counter-guarantee. The undertaking of a counter-guarantor to pay under the counter-guarantee is not subject to claims or defenses arising from any relationship other than a relationship between the counter-guarantor and the guarantor or other counter-guarantor to whom the counter-guarantee is issued.

Article 6 Documents v. goods, services or performance

Guarantors deal with documents and not with goods, services or performance to which the documents may relate.

Article 7 Non-documentary conditions

A guarantee should not contain a condition other than a date or the lapse of a period without specifying a document to indicate compliance with that condition. If the guarantee does not specify any such document and the fulfillment of the condition cannot be determined from the guarantor's own records or from an index specified in the guarantee, then the guarantor will deem such condition as not stated and will disregard it except for the purpose of determining whether data that may appear in a document specified in and presented under the guarantee do not conflict with data in the guarantee.

Article 8 Content of instructions and guarantees

All instructions for the issue of guarantees and guarantees themselves should be clear and precise and should avoid excessive detail. It is recommended that all guarantees specify:

- a. the applicant;
- b. the beneficiary;
- c. the guarantor;
- d. a reference number or other information identifying the underlying relationship;
- e. a reference number or other information identifying the issued guarantee or, in the case of a counter-guarantee, the issued counter-guarantee;
- f. the amount or maximum amount payable and the currency in which it is payable;
- g. the expiry of the guarantee;
- h. any terms for demanding payment;
- i. whether a demand or other document shall be presented in paper and/or electronic form;
- j. the language of any document specified in the guarantee; and
- k. the party liable for the payment of any charges.

Article 9 Application not taken up

Where, at the time of receipt of the application, the guarantor is not prepared or is unable to issue the guarantee, the guarantor should without delay so inform the party that gave the guarantor its instructions.

Article 10 Advising of guarantee or amendment

a. A guarantee may be advised to a beneficiary through an advising party. By advising a guarantee, whether directly or by utilizing the services of another party ("second advising party"), the advising party signifies to the beneficiary and, if applicable, to the second advising party, that it has

satisfied itself as to the apparent authenticity of the guarantee and that the advice accurately reflects the terms and conditions of the guarantee as received by the advising party.

b. By advising a guarantee, the second advising party signifies to the beneficiary that it has satisfied itself as to the apparent authenticity of the advice it has received and that the advice accurately reflects the terms and conditions of the guarantee as received by the second advising party.

c. An advising party or a second advising party advises a guarantee without any additional representation or any undertaking whatsoever to the beneficiary.

d. If a party is requested to advise a guarantee or an amendment but is not prepared or is unable to do so, it should without delay so inform the party from whom it received that guarantee, amendment or advice.

e. If a party is requested to advise a guarantee, and agrees to do so, but cannot satisfy itself as to the apparent authenticity of that guarantee or advice, it shall without delay so inform the party from whom the instructions appear to have been received. If the advising party or second advising party elects nonetheless to advise that guarantee, it shall inform the beneficiary or second advising party that it has not been able to satisfy itself as to the apparent authenticity of the guarantee or the advice.

f. A guarantor using the services of an advising party or a second advising party, as well as an advising party using the services of a second advising party, to advise a guarantee should whenever possible use the same party to advise any amendment to that guarantee.

Article 11 Amendments

a. Where, at the time of receipt of instructions for the issue of an amendment to the guarantee, the guarantor for whatever reason is not prepared or is unable to issue that amendment, the guarantor shall without delay so inform the party that gave the guarantor its instructions.

b. An amendment made without the beneficiary's agreement is not binding on the beneficiary. Nevertheless the guarantor is irrevocably bound by an amendment from the time it issues the amendment, unless and until the beneficiary rejects that amendment.

c. Except where made in accordance with the terms of the guarantee, the beneficiary may reject an amendment of the guarantee at any time until it notifies its acceptance of the amendment or makes a presentation that complies only with the guarantee as amended.

d. An advising party shall without delay inform the party from which it has received the amendment of the beneficiary's notification of acceptance or rejection of that amendment.

e. Partial acceptance of an amendment is not allowed and will be deemed to be notification of rejection of the amendment.

f. A provision in an amendment to the effect that the amendment shall take effect unless rejected within a certain time shall be disregarded.

Article 12 Extent of guarantor's liability under guarantee

A guarantor is liable to the beneficiary only in accordance with, first, the terms and conditions of the guarantee and, second, these rules so far as consistent with those terms and conditions, up to the guarantee amount.

Article 13 Variation of amount of guarantee

A guarantee may provide for the reduction or the increase of its amount on specified dates or on the occurrence of a specified event which under the terms of the guarantee results in the variation of its amount, and for this purpose the event is deemed to have occurred only:

a. when a document specified in the guarantee as indicating the occurrence of the event is presented to the guarantor, or

b. if no such document is specified in the guarantee, when the occurrence of the event becomes determinable from the guarantor's own records or from an index specified in the guarantee.

Article 14 Presentation

a. A presentation shall be made to the guarantor:

i. at the place of issue, or such other place as is specified in the guarantee and,

ii. on or before expiry.

b. A presentation has to be complete unless it indicates that it is to be completed later. In that case, it shall be completed before expiry.

c. Where the guarantee indicates that a presentation is to be made in electronic form, the guarantee should specify the format, the system for data delivery and the electronic address for that presentation. If the guarantee does not so specify, a document may be presented in any electronic format that allows it to be authenticated or in paper form. An electronic document that cannot be authenticated is deemed not to have been presented.

d. Where the guarantee indicates that a presentation is to be made in paper form through a particular mode of delivery but does not expressly exclude the use of another mode, the use of another mode of delivery by the presenter shall be effective if the presentation is received at the place and by the time indicated in paragraph (a) of this article.

e. Where the guarantee does not indicate whether a presentation is to be made in electronic or paper form, any presentation shall be made in paper form.

f. Each presentation shall identify the guarantee under which it is made, such as by stating the guarantor's reference number for the guarantee. If it does not, the time for examination indicated in article 20 shall start on the date of identification. Nothing in this paragraph shall result in an extension of the guarantee or limit the requirement in article 15 (a) or (b) for any separately presented documents also to identify the demand to which they relate.

g. Except where the guarantee otherwise provides, documents issued by or on behalf of the applicant or the beneficiary, including any demand or supporting statement, shall be in the language of the guarantee. Documents issued by any other person may be in any language.

Article 15 Requirements for demand

a. A demand under the guarantee shall be supported by such other documents as the guarantee specifies, and in any event by a statement, by the beneficiary, indicating in what respect the applicant is in breach of its obligations under the underlying relationship. This statement may be in the demand or in a separate signed document accompanying or identifying the demand.

b. A demand under the counter-guarantee shall in any event be supported by a statement, by the party to whom the counter-guarantee was issued, indicating that such party has received a complying demand under the guarantee or counter-guarantee issued by that party. This statement may be in the demand or in a separate signed document accompanying or identifying the demand.

c. The requirement for a supporting statement in paragraph(a) or (b) of this article applies except to the extent the guarantee or counter-guarantee expressly excludes this requirement. Exclusion terms such as "The supporting statement under article 15[(a)] [(b)] is excluded" satisfy the requirement of this paragraph.

d. Neither the demand nor the supporting statement may be dated before the date when the beneficiary is entitled to present a demand. Any other document may be dated before that date. Neither

the demand, nor the supporting statement, nor any other document may be dated later than the date of its presentation.

Article 16 Information about demand

The guarantor shall without delay inform the instructing party or, where applicable, the counter-guarantor of any demand under the guarantee and of any request, as an alternative, to extend the expiry of the guarantee. The counter-guarantor shall without delay inform the instructing party of any demand under the counter-guarantee and of any request, as an alternative, to extend the expiry of the counter-guarantee.

Article 17 Partial demand and multiple demands; amount of demands

- a. A demand may be made for less than the full amount available ("partial demand").
- b. More than one demand ("multiple demands") may be made.
- c. The expression "multiple demands prohibited" or a similar expression means that only one demand covering all or part of the amount available may be made.
- d. Where the guarantee provides that only one demand may be made, and that demand is rejected, another demand can be made on or before expiry of the guarantee.
- e. A demand is a non-complying demand if:
 - i. it is for more than the amount available under the guarantee, or
 - ii. any supporting statement or other documents required by the guarantee indicate amounts that in total are less than the amount demanded. Conversely, any supporting statement or other document indicating an amount that is more than the amount demanded does not make the demand a non-complying demand.

Article 18 Separateness of each demand

- a. Making a demand that is not a complying demand or withdrawing a demand does not waive or otherwise prejudice the right to make another timely demand, whether or not the guarantee prohibits partial or multiple demands.
- b. Payment of a demand that is not a complying demand does not waive the requirement for other demands to be complying demands.

Article 19 Examination

a. The guarantor shall determine, on the basis of a presentation alone, whether it appears on its face to be a complying presentation.

b. Data in a document required by the guarantee shall be examined in context with that document, the guarantee and these rules. Data need not be identical to, but shall not conflict with, data in that document, any other required document or the guarantee.

c. If the guarantee requires presentation of a document without stipulating whether it needs to be signed, by whom it is to be issued or signed, or its data content, then:

i. the guarantor will accept the document as presented if its content appears to fulfill the function of the document required by the guarantee and otherwise complies with article 19 (b), and

ii. if the document is signed, any signature will be accepted and no indication of name or position of the signatory is necessary.

d. If a document that is not required by the guarantee or referred to in these rules is presented, it will be disregarded and may be returned to the presenter.

e. The guarantor need not re-calculate a beneficiary's calculations under a formula stated or referenced in a guarantee.

f. The guarantor shall consider a requirement for a document to be legalised, visaed, certified or similar as satisfied by any signature, mark, stamp or label on the document which appears to satisfy that requirement.

Article 20 Time for examination of demand; payment

a. If a presentation of a demand does not indicate that it is to be completed later, the guarantor shall, within five business days following the day of presentation, examine that demand and determine if it is a complying demand. This period is not shortened or otherwise affected by the expiry of the guarantee *on or after the date of presentation*. However, if the presentation indicates that it is to be completed later, it need not be examined until it is completed.

b. When the guarantor determines that a demand is complying, it shall pay.

c. Payment is to be made at the branch or office of the guarantor or counter-guarantor that issued the guarantee or counter-guarantee or such other place as may be indicated in that guarantee or counter-guarantee ("place for payment").

Article 21 Currency of payment

a. The guarantor shall pay a complying demand in the currency specified in the guarantee.

b. If, on any date on which a payment is to be made under the guarantee:

i. the guarantor is unable to make payment in the currency specified in the guarantee due to an impediment beyond its control; or

ii. it is illegal under the law of the place for payment to make payment in the specified currency, the guarantor shall make payment in the currency of the place for payment even if the guarantee indicates that payment can only be made in the currency specified in the guarantee. The instructing party or, in the case of a counter-guarantee, the counter-guarantor, shall be bound by a payment made in such currency. The guarantor or counter-guarantor may elect to be reimbursed either in the currency in which payment was made or in the currency specified in the guarantee or, as the case may be, the counter-guarantee.

c. Payment or reimbursement in the currency of the place for payment under paragraph (b) is to be made according to the applicable rate of exchange prevailing there when payment or reimbursement is due. However, if the guarantor has not paid at the time when payment is due, the beneficiary may require payment according to the applicable rate of exchange prevailing either when payment was due or at the time of actual payment.

Article 22 Transmission of copies of complying demand

The guarantor shall without delay transmit a copy of the complying demand and of any related documents to the instructing party or, where applicable, to the counter-guarantor for transmission to the instructing party. However, neither the counter-guarantor nor the instructing party, as the case may be, may withhold payment or reimbursement pending such transmission.

Article 23 Extend or pay

a. Where a complying demand includes, as an alternative, a request to extend the expiry, the guarantor may suspend payment for a period not exceeding 30 calendar days following its receipt of the demand.

b. Where, following such suspension, the guarantor makes a complying demand under the counter-guarantee that includes, as an alternative, a request to extend the expiry, the counter-guarantor

may suspend payment for a period not exceeding four calendar days less than the period during which payment of the demand under the guarantee was suspended.

c. The guarantor shall without delay inform the instructing party or, in the case of a counter-guarantee, the counter-guarantor, of the period of suspension of payment under the guarantee. The counter-guarantor shall then inform the instructing party of such suspension and of any suspension of payment under the counter-guarantee. Complying with this article satisfies the information duty under article 16.

d. The demand for payment is deemed to be withdrawn if the period of extension requested in that demand or otherwise agreed by the party making that demand is granted within the time provided under paragraph (a) or (b) of this article. If no such period of extension is granted, the complying demand shall be paid without the need to present any further demand.

e. The guarantor or counter-guarantor may refuse to grant any extension even if instructed to do so and shall then pay.

f. The guarantor or counter-guarantor shall without delay inform the party from whom it has received its instructions of its decision to extend under paragraph (d) or to pay.

g. The guarantor and the counter-guarantor assume no liability for any payment suspended in accordance with this article.

Article 24 Non-complying demand, waiver and notice

a. When the guarantor determines that a demand under the guarantee is not a complying demand, it may reject that demand or, in its sole judgment, approach the instructing party, or in the case of a counter-guarantee, the counter-guarantor, for a waiver of the discrepancies.

b. When the counter-guarantor determines that a demand under the counter-guarantee is not a complying demand, it may reject that demand or, in its sole judgment, approach the instructing party for a waiver of the discrepancies.

c. Nothing in paragraphs (a) or (b) of this article shall extend the period mentioned in article 20 or dispense with the requirements of article 16. Obtaining the waiver of the counter-guarantor or of the instructing party does not oblige the guarantor or the counter-guarantor to waive any discrepancy.

d. When the guarantor rejects a demand, it shall give a single notice to that effect to the presenter of the demand. The notice shall state:

i. that the guarantor is rejecting the demand, and

ii. each discrepancy for which the guarantor rejects the demand.

e. The notice required by paragraph (d) of this article shall be sent without delay but not later than the close of the fifth business day following the day of presentation.

f. A guarantor failing to act in accordance with paragraphs (d) or (e) of this article shall be precluded from claiming that the demand and any related documents do not constitute a complying demand.

g. The guarantor may at any time, after providing the notice required in paragraph (d) of this article, return any documents presented in paper form to the presenter and dispose of the electronic records in any manner that it considers appropriate without incurring any responsibility.

h. For the purpose of paragraphs (d), (f) and (g) of this article, guarantor includes counter-guarantor.

Article 25 Reduction and termination

a. The amount payable under the guarantee shall be reduced by any amount:

- i. paid under the guarantee,
- ii. resulting from the application of article 13, or
- iii. indicated in the beneficiary's signed partial release from liability under the guarantee.

b. Whether or not the guarantee document is returned to the guarantor, the guarantee shall terminate:

- i. on expiry,
- ii. when no amount remains payable under it, or
- iii. on presentation to the guarantor of the beneficiary's signed release from liability under the guarantee.

c. If the guarantee or the counter-guarantee states neither an expiry date nor an expiry event, the guarantee shall terminate after the lapse of three years from the date of issue and the counter-guarantee shall terminate 30 calendar days after the guarantee terminates.

d. If the expiry date of a guarantee falls on a day that is not a business day at the place for presentation of the demand, the expiry date is extended to the first following business day at that place.

e. Where, to the knowledge of the guarantor, the guarantee terminates as a result of any of the reasons indicated in paragraph (b) above, but other than because of the advent of the expiry date, the

guarantor shall without delay so inform the instructing party or, where applicable, the counter-guarantor and, in that case, the counter-guarantor shall so inform the instructing party.

Article 26 Force majeure

a. In this article, "force majeure" means acts of God, riots, civil commotions, insurrections, wars, acts of terrorism or any causes beyond the control of the guarantor or counter-guarantor that interrupt its business as it relates to acts of a kind subject to these rules.

b. Should the guarantee expire at a time when presentation or payment under that guarantee is prevented by force majeure:

i. each of the guarantee and any counter-guarantee shall be extended for a period of 30 calendar days from the date on which it would otherwise have expired, and the guarantor shall as soon as practicable inform the instructing party or, in the case of a counter-guarantee, of the force majeure and the extension, and the counter-guarantor shall so inform the instructing party;

ii. the running of the time for examination under article 20 of a presentation made but not yet examined before the force majeure shall be suspended until the resumption of the guarantor's business; and

iii. a complying demand under the guarantee presented before the force majeure but not paid because of the force majeure shall be paid when the force majeure ceases even if that guarantee has expired, and in this situation the guarantor shall be entitled to present a demand under the counter-guarantee within 30 calendar days after cessation of the force majeure even if the counter-guarantee has expired.

c. Should the counter-guarantee expire at a time when presentation or payment under that counter-guarantee is prevented by force majeure:

i. the counter-guarantee shall be extended for a period of 30 calendar days from the date on which the counter-guarantor informs the guarantor of the cessation of the force majeure. The counter-guarantor shall then inform the instructing party of the force majeure and the extension;

ii. the running of the time for examination under article 20 of a presentation made but not yet examined before the force majeure shall be suspended until the resumption of the counter-guarantor's business; and

iii. a complying demand under the counter-guarantee presented before the force majeure but not paid because of the force majeure shall be paid when the force majeure ceases even if that counter-guarantee has expired.

d. The instructing party shall be bound by any extension, suspension or payment under this article.

e. The guarantor and the counter-guarantor assume no further liability for the consequences of the force majeure.

Article 27 Disclaimer on effectiveness of documents

The guarantor assumes no liability or responsibility for:

a. the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification, or legal effect of any signature or document presented to it;

b. the general or particular statements made in, or superimposed on, document presented to it;

c. the description, quantity, weight, quality, condition, packing, delivery, value or existence of the goods, services or other performance or data represented by or referred to in any document presented to it; or

d. the good faith, acts, omissions, solvency, performance or standing of any person issuing or referred to in any other capacity in any document presented to it.

Article 28 Disclaimer on transmission and translation

a. The guarantor assumes no liability or responsibility for the consequences of delay, loss in transit, mutilation or other errors arising in the transmission of any document, if that document is transmitted or sent according to the requirements stated in the guarantee, or when the guarantor may have taken the initiative in the choice of the delivery service in the absence of instructions to that effect.

b. The guarantor assumes no liability or responsibility for errors in translation or interpretation of technical terms and may transmit all or any part of the guarantee text without translating it.

Article 29 Disclaimer for acts of another party

A guarantor using the services of another party for the purpose of giving effect to the instructions of an instructing party or counter-guarantor does so for the account and at the risk of that instructing party or counter-guarantor

Article 30 Limits on exemption from liability

Articles 27 to 29 shall not exempt a guarantor from liability or responsibility for its failure to act in good faith.

Article 31 Indemnity for foreign laws and usages

The instructing party or, in the case of a counter-guarantee, the counter-guarantor, shall indemnify the guarantor against all obligations and responsibilities imposed by foreign laws and usages, including where those foreign laws and usages impose terms into the guarantee or the counter-guarantee that override its specified terms. The instructing party shall indemnify the counter-guarantor that has indemnified the guarantor under this article.

Article 32 Liability for charges

a. A party instructing another party to perform services under these rules is liable to pay that party's charges for carrying out its instructions.

b. If a guarantee states that charges are for the account of the beneficiary and those charges cannot be collected, the instructing party is liable to pay those charges. If a counter-guarantee states that charges relating to the guarantee are for the account of the beneficiary and those charges cannot be collected, the counter-guarantor remains liable to the guarantor, and the instructing party to the counter-guarantor, to pay those charges.

c. Neither the guarantor nor any advising party should stipulate that the guarantee, or any advice or amendment of it, is conditional upon the receipt by the guarantor or any advising party of its charges.

Article 33 Transfer of guarantee and assignment of proceeds

a. A guarantee is transferable only if it specifically states that it is "transferable", in which case it may be transferred more than once for the full amount available at the time of transfer. A counter-guarantee is not transferable.

b. Even if a guarantee specifically states that it is transferable, the guarantor is not obliged to give effect to a request to transfer that guarantee after its issue except to the extent and in the manner expressly consented to by the guarantor.

c. A transferable guarantee means a guarantee that may be made available by the guarantor to a new beneficiary ("transferee") at the request of the existing beneficiary ("transferor").

d. The following provisions apply to the transfer of a guarantee:

i. a transferred guarantee shall include all amendments to which the transferor and guarantor have agreed as of the date of transfer; and

ii. a guarantee can only be transferred where, in addition to the conditions stated in paragraphs (a), (b) and (d) (i) of this article, the transferor has provided a signed statement to the guarantor that the transferee has acquired the transferor's rights and obligations in the underlying relationship.

e. Unless otherwise agreed at the time of transfer, the transferor shall pay all charges incurred for the transfer.

f. Under a transferred guarantee, a demand and any supporting statement shall be signed by the transferee. Unless the guarantee provides otherwise, the name and the signature of the transferee may be used in place of the name and signature of the transferor in any other document.

g. Whether or not the guarantee states that it is transferable, and subject to the provisions of the applicable law:

i. the beneficiary may assign any proceeds to which it may be or may become entitled under the guarantee;

ii. however, the guarantor shall not be obliged to pay an assignee of these proceeds unless the guarantor has agreed to do so.

Article 34 Governing law

a. Unless otherwise provided in the guarantee, its governing law shall be that of the location of the guarantor's branch or office that issued the guarantee.

b. Unless otherwise provided in the counter-guarantee, its governing law shall be that of the location of the counter-guarantor's branch or office that issued the counter-guarantee.

Article 35 Jurisdiction

a. Unless otherwise provided in the guarantee, any dispute between the guarantor and the beneficiary relating to the guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the location of the guarantor's branch or office that issued the guarantee.

b. Unless otherwise provided in the counter-guarantee, any dispute between the counter-guarantor and the guarantor relating to the counter-guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the location of the counter-guarantor's branch or office that issued the counter-guarantee.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวพกามาศ สงวนราชฎ์ เกิดวันที่ 25 สิงหาคม พ.ศ. 2531 สำเร็จการศึกษาปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ เมื่อปีการศึกษา 2553 เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2556 ปัจจุบันทำงานตำแหน่งนักกฎหมาย บริษัท สำนักกฎหมายธรรมนิติ จำกัด

